Die Bestrafung der rechtswidrigen Aneignungshandlungen des Kommissionärs nach dem alten und neuen schweizerischen Strafrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

von

Gaston von Sury
Solothurn

Buch- und Kunstdruckerei Union AG., Solothurn · 1943

Die Bestrafung der rechtswidrigen Aneignungshandlungen des Kommissionärs nach dem alten und neuen schweizerischen Strafrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

von

Gaston von Sury
Solothurn

Buch- und Kunstdruckerei Union AG., Solothurn · 1943

Die juristische Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 24. Juni 1943 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Thormann als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis VI
Abkürzungen VIII

I. Einleitung 1

II. Allgemeiner Teil 4
A. Das Verhältnis: Zivilrecht — Strafrecht 4
B. Der Kommissionsvertrag 7
1. Die Kommission im allgemeinen 7
2. Die Begrenzung der Kommission 9
3. Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 11
C. Die Anwendbarkeit des Strafrechts auf die rechtswidrigen Aneignungshandlungen des Kommissionärs 11

III. Die Bestrafung des Kommissionärs nach dem kantonalen Recht . . 14
1. Teil: Die Bestrafung nach dem Unterschlagungstatbestand . . . 14
A. Der Tatbestand der Unterschlagung im allgemeinen . . . 14
B. Der objektive Tatbestand 15
1. Das Merkmal der Sache 15
2. Das Merkmal der beweglichen Sache 15
3. Das Merkmal der fremden Sache 16
a) im allgemeinen 16
b) Die Theorie vom sog. strafrechtlichen Eigentum . . . 17
c) Die zivilrechtliche Bestimmung der fremden Sache im allgemeinen 22
d) Das Eigentum am Kommissionsgut bei der Verkaufskommission 23
e) Das Eigentum am Kommissionsgut bei der Einkaufskommission 26
I. Im allgemeinen 26
II. Der Parteiwille als Kriterium zur Bestimmung der Eigentumsverhältnisse 30
III. Unterscheidung zwischen Spezies- und Genussache zwecks Regelung der Eigentumsverhältnisse . . . 35
IV. Der Versuch einer Regelung der Eigentumsverhältnisse durch Art. 401 OR. 36
V. Der Versuch einer Regelung der Eigentumsverhältnisse durch Art. 434 OR. 39

Seite

VI. Der Uebergang des Eigentums am Kommissionsgut vom Kommissionär an den Kommittenten . . . 41
f) Das Eigentum an dem vom Kommissionär aus dem Kommissionsverhältnis erlangten Gelde 43
g) Die besondere Rechtslage bei einer Vermengung durch den Kommissionär 44
h) Das Moment der fremden Sache bei Selbsteintritt . . 46
i) Zusammenfassendes Untersuchungsergebnis über die fremde Sache 48
4. Die Tatbestandsmerkmale des Besitzes und Gewahrsams . . 48
5. Das Moment der Rechtswidrigkeit 50
C. Der subjektive Tatbestand 50
1. Die Handlung 50
2. Der Vorsatz 54
2. Teil: Die Bestrafung durch andere Tatbestände 57
A. Der Betrugstatbestand 57
B. Der Untreuetatbestand 63
C. Anhang: Der Tatbestand des «abus de confiance» 64
Zusammenfassung 65
IV. Die Bestrafung des Kommissionärs nach dem neuen Recht . . . 67
1. Teil: Die Bestrafung nach dem Veruntreuungstatbestand . . . 67
A. Der Tatbestand der Veruntreuung im allgemeinen 67
B. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 . . . 68
1. Das Objekt der Handlung 68
2. Insbesondere der Begriff «anvertraut» 68
3. Die Handlung 71
4. Das Moment der Rechtswidrigkeit 72
5. Der Vorsatz 73
a) Im allgemeinen 73
b) Insbes. die Ersatzabsicht bei der Aneignung einer Speziessache 73
c) Insbes. die Ersatzabsicht bei der Aneignung einer Genussache 77
C. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 . . . 80
1. Im allgemeinen 80
2. Das Objekt der Handlung 81
3. Handlung, Vorsatz und Rechtswidrigkeit 86
2. Teil: Die Bestrafung durch andere Tatbestände 89
A. Der Betrugstatbestand 89
B. Die ungetreue Geschäftsführung 90

Benützte Literatur [1]

Kommentare.

Becker: Kommentar zum OR., 1934.
Frank: Kommentar zum dRStGB., 18. Auflage, 1931.
Leemann: Das Sachenrecht, 2. Auflage, 1925.
Olshausen: Kommentar zum dRStGB., 9. Auflage, 1912.
Oser: Das Obligationenrecht, 1. Auflage, 1915.
Staub: Das deutsche Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 1912.
Thormann-von Overbeck: Das schw. Strafgesetzbuch, 1940/41.
Wieland: Das Sachenrecht, 1. Auflage, 1909.

Lehrbücher und Systeme.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, 1922.
Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1902.
Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, Auflage 1914/16.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Handelsrechts, 1909.
Feuerbach, A: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847.
Guhl, Theo: Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Auflage, 1. 1936; 2. 1937.
Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, 1. 1926; 2. 1937.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 1905.
Metzger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1936.
Stooss: Die schweizerischen Strafgesetzbücher, 1890.
— Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, 1893.
— Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1910.
v. Thur: Allgemeiner Teil des schweiz. OR. 1 und 2, 1924.

Monographien.

Ammann, F.: Die Verträge mit Eigentumsvorbehalt, Diss. iur. Bern 1937.
Barth, J.: Die ungetreue Geschäftsführung, insbesondere nach dem zukünftigen schweiz. Strafrecht. Diss. iur. Zür. 1922.
Brander, O.: Das Retentionsrecht nach dem schweiz. Zivilrecht, Diss. iur. Zür. 1933.

---

[1] Weitere Literatur in den Anmerkungen.

Cartier, R.: Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue, mit bes. Berücksichtigung des deutschen und schweiz. Rechts und des Entwurfs eines schweiz. StGB. Diss. iur. Bern 1902.

Elser, J.: Die Fundaneignung im schweiz. Strafrecht, Diss. iur. Bern 1912.

Früh, P.: Die strafbare Pflichtverletzung des Rechtsanwaltes gegenüber seinen Klienten. Diss. iur. Zür. 1910.

Gleispach, W.: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. I. Teil, 1905.

Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels, 1879.

Hafter, E.: Keine Strafe ohne Gesetz. Universität Zürich: Jahresbericht und Rektoratsrede, April 1921.

Huber: Die Unterschlagung, Neresheim 1875.

Kapf, K.: Die Unterschlagung, Tübingen 1879.

Klee, H.: Die Rechte des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs. Diss. iur. Basel 1934.

Langen, A.: Eigentumserwerb und Verlust beim Kommissionsgeschäft. Marburg 1900.

Masser, W.: Der § 9 des Depotgesetzes. Diss. iur. Würzb. 1905.

Mayer, H.: Die Untreue. München 1926.

Meli, V.: Straflosigkeit der Aneignung des Kommissionserlöses. In SJZ. Bd. 21 S. 37.

Nägeli, F.: Die Vollendung der Unterschlagung. Diss. iur. Zür. 1919.

Pestalozzi, H.: Die indirekte Stellvertretung, Diss. iur. Zür. 1927.

Petri: Die Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsgeschäft. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 111.

Reichstein: Ueber die Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsgeschäft in SJZ. Bd. 20, S. 219.

v. Selazinsky: Der Eigentumserwerb bei der Kommission. Diss. iur. Heidelberg 1930.

v. Steemann: Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue. Kiel 1870.

Thode, H.: Die sog. Unterschlagung vertretbarer Sachen. Breslau 1926. In Strafrechtl. Abh. Heft 210.

Thormann: Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe. In Festgabe für E. Huber. Bern 1919.

Weidmann, A.: Das Kommissionsgeschäft, Rostock 1908.

Ziethen, J.: Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen. Diss. iur. Freiburg im Br. 1900.

Zingg, W.: Das Problem der Unterschlagung vertretbarer Sachen im schweizerischen Recht. Diss. iur. Zür. 1937.

Abkürzungen

BGB.	=	Deutsches bürgerliches Gesetzbuch.
BGE.	=	Bundesgerichtliche Entscheide.
dRStGB.	=	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
OR.	=	Schweizerisches Obligationenrecht.
RB.	=	Rechenschaftsbericht des solothurnischen Obergerichts.
RGE.	=	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
StGB.	=	Schweizerisches Strafgesetzbuch.
SJZ.	=	Schweizerische Juristenzeitung.
Z.	=	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
ZBJV.	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Z.Bl.	=	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
ZGB.	=	Schweizerische Zivilgesetzbuch.

I. Einleitung

Die vorliegende Arbeit hat sich die Aufgabe gestellt, die Bestrafung des unredlichen Kommissionärs nach dem alten und neuen schweizerischen Strafrecht zu behandeln. Da diese Abhandlung in erster Linie die Bestrafung zum Inhalte hat, können daher hier nicht alle zivilrechtlich unredlichen Handlungen des Kommissionärs behandelt werden, sondern nur diejenigen, die vom Strafrecht als strafbare Handlung anerkannt werden. Diese strafbare Handlung fällt in der Regel unter den altrechtlichen Unterschlagungstatbestand, respektive den Veruntreuungstatbestand des neuen Rechtes, da diese meistens an einer für den Kommissionär wirtschaftlich fremden Sache vorgenommen wird. Deshalb sollen anhand dieser Arbeit nur diese letzteren beiden Tatbestände ausführlich dargestellt werden, da einerseits die Doktrin bei der Behandlung des Rechtsstreites, ob der unehrliche Kommissionär bestraft werden könne oder nicht, nur diese beiden Tatbestände herbeizieht und andererseits die Bestimmungen eines anderen Tatbestandes zur Lösung dieser Frage höchst selten oder nur subsidiär zur Anwendung kommen dürften.

Aus der Zweiteilung zwischen altem und neuem Strafrecht ergibt sich die Gliederung dieser Abhandlung. Dabei soll die Bearbeitung des alten Strafrechtes, insbesondere des Unterschlagungstatbestandes, nicht nur von historischem oder rechtsvergleichendem Werte sein, sondern als Grundlage zur Bearbeitung des neuen Strafrechtes dienen, da viele Tatbestandsmerkmale die gleichen geblieben sind und sich der Veruntreuungstatbestand des neuen Rechtes aus der altrechtlichen Unterschlagung entwickelt hat. Auch kann bei der Auslegung des neuen Rechtes noch nicht eine so reichhaltige Literatur und Judikatur herbeigezogen werden, wie bei einer Be-

handlung nach altem Strafrecht. Daher soll sich der grössere Teil dieser Arbeit mit dem alten Recht befassen, und es können die dort gemachten Ausführungen und Feststellungen bei der Behandlung des neuen Rechtes analog angewandt werden, wo auf diese verwiesen wird.

Es würde jedoch zu weit führen, alle kantonalen Strafgesetze bei der Auslegung des alten Rechtes herbeizuziehen. Daher soll unserer Abhandlung in erster Linie ein Gesetz zu Grunde gelegt werden, das in bezug auf die bei der Bestrafung des Kommissionärs einschlägigen Bestimmungen am meisten dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch von 1870/1871 folgt, denn dieses Gesetz hat nicht nur auf die schweizerische Rechtssprechung bis in die letzten Jahre einen entscheidenden Einfluss ausgeübt, sondern auch auf die Gesetzgebung, denn die kantonalen Strafgesetzbücher haben vielfach einzelne Bestimmungen oder oft sogar ganze Partien des deutschen Strafgesetzbuches unverändert übernommen. Diesem Erfordernis entspricht das Strafgesetzbuch des Kantons Solothurn aus dem Jahre 1885, denn neben dem Strafgesetzbuch von Basel ist dieses wohl am meisten dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch nachgebildet.

Da das Thema dieser Abhandlung in erster Linie ein strafrechtliches ist, so soll, was den zivilrechtlichen Teil dieser Arbeit anbelangt, letzterer ausser den Fragen, die direkt für die strafrechtlichen Ausführungen von Bedeutung sind, auf ein Minimum eingeschränkt werden. Im allgemeinen Teil bedarf zunächst das Kommissionsgeschäft als nötige Grundlage der strafrechtlichen Behandlung unseres Themas einer kurzen Darstellung. Sofern es die Behandlung der strafrechtlichen Materie noch erfordert, sollen bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale weitere zivilrechtliche Abschnitte eingeschaltet werden.

Das Problem der Bestrafung des unredlichen Kommissionärs hat sich in der Rechtswissenschaft immer wieder gestellt, ohne dass es zufriedenstellend gelöst wurde.

Nach dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches könnte man zwar versucht sein, anzunehmen, dieses Problem bestehe nicht mehr, da der Veruntreuungsartikel sich nicht mehr nur auf dem zivilrechtlichen Eigentumsbegriff aufbaut, sondern das wirtschaft-

liche Moment in den Vordergrund stellt. Dieser Grundsatz des wirtschaftlichen Schutzes gilt jedoch nicht uneingeschränkt und wird in ganz bestimmten Fällen, welche einer genauen Beschreibung bedürfen, durchbrochen. Es sei zugegeben, dass der Veruntreuungstatbestand eine vermehrte Bestrafung des Kommissionärs gestattet. Aber auch wegen dieser Tatbestandsausweitung bedarf die strafbare Handlung des Kommissionärs einer genauen Umschreibung, denn es könnte in der Praxis der rücksichtslose Kommittent sich diese Ausdehnung zu Nutzen machen, und eine Strafanzeige gegen den Kommissionär als radikalstes Eintreibungsmittel ausstehender Guthaben missbrauchen. Diese Arbeit setzt sich daher zum Ziel, zu zeigen, wie einerseits eine lückenlose, dem gesunden Rechtsempfinden entsprechende Bestrafung des schuldhaften Kommissionärs zu gestalten sei; andererseits soll sie aber auch einen Kommissionär, wenn er schuldlos den Vertrag nicht erfüllen kann, den Weg zeigen, sich gegen eine Strafanzeige zu schützen, die nur die Durchsetzung eines verstärkten Betreibungsverfahrens bezweckt.

II. Allgemeiner Teil

A. Das Verhältnis: Zivilrecht - Strafrecht [1]

Wie sich schon aus dem Einleitungskapitel ersehen lässt, stellt das Thema dieser Arbeit nicht nur Fragen aus einem Rechtsgebiet, sondern es sind sowohl zivilrechtliche wie auch strafrechtliche Probleme zu lösen. Wenn deren Lösung getrennt und unabhängig voneinander vorgenommen werden kann, dann ergeben sich keine Schwierigkeiten, nicht aber wenn ein und dasselbe Problem sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtliche Fragen enthält. An und für sich bilden diese zwei verschiedenen Rechtsgebiete keine besonderen Gegensätze, denn beide haben das nämliche Ziel, den Schutz der Rechtsordnung, nur jedes auf eine andere Art. Praktisch müssen sie daher eine Einheit bilden und sollen dort, wie sie sich tangieren, aufeinander passen. Dies ist eine der Hauptvoraussetzungen einer geordneten Rechtssprechung. Wo sich aber diese zwei Kodifikationen widersprechen, müssen die Normen zur Ueberbrückung der beidseitigen Gegensätze gefunden werden. Dies soll im Folgenden versucht werden, ohne dass eine abschliessende generelle Regelung gegeben werden kann, da sich in jedem einzelnen Fall die Lösung verschieden gestalten kann.

Das Zivilrecht behandelt die Rechte und Pflichten der einzelnen Rechtsträger. Das Strafrecht dagegen wahrt auch da, «wo sein unmittelbarer Schutz den Rechten des Einzelnen zugute kommt, die Interessen der Allgemeinheit, der Gesellschaft, des Staates» [2]. Da

---

[1] Ueber dieses Kapitel vgl. insbes. Thormann: Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe. Ferner Reichel in Z. Bd. 21. S. 317 ff.

[2] Hafter, Lb. I, S. 7.

es in erster Linie die Interessen der Allgemeinheit und des Staates wahrt, ist es öffentliches Recht und kann daher nur solche Rechtssätze aufstellen, die eine öffentliche Strafe als Sanktion haben. Bei einer Verletzung des Zivilrechts hingegen steht zunächst die Privatklage zur Verfügung, die sich auf die Erzwingung der geschuldeten Leistung oder Schadenersatz erstreckt. Ist diese Verletzung privaten Rechtes eine derartige, dass dadurch nicht nur der Einzelne betroffen wird, sondern auch die Allgemeinheit, der Staat, so kommt das Strafrecht zur Anwendung. Es soll aber erst in Betracht gezogen werden, wenn «vorerst alle andern Mittel rechtlicher Hilfe erschöpft worden sind» [3]. Daraus erklärt sich die subsidiäre, komplementäre Natur des Strafrechts.

Da das Strafrecht sich mit der Verletzung öffentlicher Normen befasst, scheint es daher vorerst vom Privatrecht unabhängig zu sein. Wie oben gezeigt wurde, ist es nun aber möglich, dass einem strafrechtlichen, wie auch zivilrechtlichen Tatbestand die gleichen Normen zugrunde liegen. Es ist dies dann der Fall, wenn das gleiche Gut sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich geschützt wird. Da das Strafrecht ein Teil der Rechtsordnung ist, und es diese Rechtsordnung wie das Zivilrecht schützen muss, kann es notwendigerweise nicht unabhängig von letzterem sein, sondern muss die Tatbestände, die dieses aufstellt, berücksichtigen. Wenn daher ein strafrechtlicher Tatbestand den Schutz eines zivilrechtlichen Gutes zum Inhalt hat, — da der zivilrechtliche Schutz dieses Gutes nicht genügend ist —, und sich seine Verletzung auch gegen die Allgemeinheit richtet, entstehen oft Schwierigkeiten, wenn der strafrechtliche Schutz, das Urteil, im Gegensatz zum zivilrechtlichen Grundverhältnis steht.

Zwei verschiedene Theorien versuchen diese Gegensätze auszugleichen. Eine Theorie unterscheidet, wie schon angedeutet wurde, zweierlei Rechtsordnungen: Eine primäre Rechtsordnung, die Rechte und Pflichten aufstellt und eine sekundäre, das Strafrecht, die die Sanktion der primären ordnet [4]. Von Gegnern dieser Theorie wird zwar eingewendet, dass es kein zivilrechtliches Recht auf Leben

---

[3] Hafter, Lb. I, S. 9.

[4] Vgl. Allfeld, S. 1, ferner: von Liszt, S. 8.

gebe, und dass das Leben daher durch das Strafrecht allein geschützt werden könne [5]. Dieses Argument bringt jedoch die Theorie der Akzessorietät des Strafrechtes nicht zu Fall, sondern beschränkt diese auf das Gebiet der Vermögensverbrechen. Danach hat sich das Strafrecht nach dem zivilrechtlichen Grundverhältnis zu richten, wo ein solches vorliegt. Dagegen wendet sich Mayer [6], ohne hingegen eine bessere Lösung vorzuschlagen und führt an, dass das Strafrecht volkstümlich sein müsse [7], damit es nicht seinem Zwecke entfremdet werde; nicht dagegen das Zivilrecht. Das Strafrecht werde durch die Zugrundelegung zivilrechtlicher Normen zu schwerfällig und daher unpopulär.

Eine zweite Theorie vertritt Binding [8]: Nach seiner Normentheorie ist die Strafe nicht die Sanktion einer Zivilrechtsverletzung, sondern der Uebertretung einer Norm schlechthin. Dadurch werden die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Tatbestände voneinander völlig unabhängig. Alles Recht ist Zwangsschutz von Interessen, nur vollzieht sich dieser Schutz mit zwei verschiedenen Mitteln, dem Strafrecht und dem Zivilrecht.

Ich möchte mich hier nicht für eine der beiden Theorien entscheiden, doch ist aus rechtspolitischen Erwägungen in der Praxis die erstere der letzteren vorzuziehen, und dies namentlich in bezug auf die Vermögensverbrechen [9].

Leichter zu lösen sind dagegen alle jene Fragen, die sich ergeben, wenn einem strafrechtlichen Tatbestand nicht ein zivilrechtliches Verhältnis zugrunde gelegt ist, sondern wenn das Strafrecht nur blosse Begriffe des Zivilrechts anwendet. Da aber der Rechtswissenschaft eine allgemein anerkannte Terminologie fehlt, decken sich oft nur die Worte und nicht der Inhalt der Begriffe. Die Folge dieser Inhaltsverschiedenheit kann sich auf zwei Arten äussern: Entweder werden die zivilrechtlichen Begriffe unverändert vom

---

[5] Vgl. Feuerbach, S. 140.

[6] Mayer H., S. 120.

[7] Ueber den volkstümlichen Charakter des Strafgesetzes vgl. insbes. Thormann: Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe S. 171.

[8] Vgl. insbes. Normen I, S. 142 ff.

[9] Vgl. Merkel in Holtzendorfs Rechtslex. I, S. 346. «Ob ein Eingriff in die vermögensrechtliche Sphäre vorliege, beantwortet sich nach den Grundsätzen des Privatrechts».

Strafrecht übernommen und in ihrem ursprünglichen Sinn weitergebraucht oder das Strafrecht gibt ihnen einen eigenen Inhalt. In jedem einzelnen Fall ist daher zu untersuchen, ob das Strafrecht einen zivilrechtlichen Begriff unverändert braucht, oder ob es diesem Begriff einen strafrechtlichen Inhalt zugrunde legt. Es ist dies eine Frage, die von der Rechtsprechung von Fall zu Fall entschieden werden muss, und zu deren Lösung deshalb keine allgemeine Regel gegeben werden kann. Dabei ist natürlich von allen jenen Fällen abzusehen, in denen beide Rechtsgebiete einen Begriff definieren (z. B. Schuld, Fahrlässigkeit etc.).

B. Der Kommissionsvertrag

1. Die Kommission im allgemeinen.

«Die Kommission im allgemeinen ist ein entgeltlicher Auftrag mit dem beschränkten Inhalt, bewegliche Sachen (Waren) oder Wertpapiere für Rechnung des Auftraggebers, aber auf den Namen des Beauftragten einzukaufen oder zu verkaufen» [10].

Das Kommissionsverhältnis setzt sich aus zwei verschiedenen Rechtsgeschäften zusammen, dem Grundverhältnis oder dem eigentlichen Kommissionsvertrag, der als ein Auftragsverhältnis die Beziehungen zwischen dem Auftraggeber (Kommittent) und dem Beauftragten (Kommissionär) regelt, und dem Ausführungsgeschäft, das zwischen einem Dritten und dem Kommissionär entsteht. Letzteres bildet den eigentlichen Zweck des Kommissionsvertrages und hat die Erfüllung des Auftrages zum Inhalt.

Diese Art von Geschäft hat den Vorteil, dass sich die beiden Kontrahenten nicht zu kennen brauchen. Der Kommittent kann sich des Kommissionärs bedienen, ohne dass er ihm dabei ein Vertrauen entgegenbringen muss, wie es eine ständige Anstellung erfordert. Er kann sich auch gewisse Vorteile zu Nutzen machen, die nur in der Person des Kommissionärs zutreffen. So kann er z. B. dessen Kapitalkraft ausnützen und auf diese Art gewisse Geschäftsabschlüsse erzielen, die er als Eigenhändler nur mit Mühe erlangen würde. Rechtlich ist der Kommissionär indirekter Stell-

[10] Vgl. OR. Art. 425, ferner Guhl I, S. 214.

vertreter und erhält keine Vertretungsmacht. Aus diesen Gründen hat die Kommission im modernen Verkehr die grösste Bedeutung. Ihr Hauptanwendungsgebiet ist der Wertpapierhandel.
Das Gesetz trennt die Kommissionsgeschäfte in zwei Kategorien: Verkaufskommission und Einkaufskommission.

Bei der Verkaufskommission wird die Kommissionsware dem Kommissionär zum kommissionsweisen Weiterverkauf übergeben. Das Eigentum an der Ware bleibt in der Regel beim Kommittenten [11]. Die Kommissionsware ist daher dem Kommissionär nur anvertraut. Meist legt der Kommittent eine Grenze fest, unter der die Ware nicht verkauft werden darf. Verkauft aber der Kommissionär trotzdem unter dieser Grenze, dann muss er für die entstandene Preisdifferenz einstehen, es sei denn, dass er beweisen kann, dass er durch den Verkauf Schaden von der Ware abgewendet habe. Aber auch wenn der Kommittent keine Limite festsetzt, muss der Kommissionär einen möglichst hohen Preis erzielen. Einen erzielten Mehrerlös kann er nicht für sich beanspruchen, sondern muss ihn dem Kommittenten mit dem Kaufpreis aushändigen.

Bei der Einkaufskommission muss der Kommissionär für den Kommittenten bei einem Dritten einkaufen. Auch hier setzt der Kommittent in der Regel eine Preisgrenze, die der Kommissionär nicht überschreiten darf. Kauft er unter dieser Grenze ein, dann muss er die Preisdifferenz dem Kommittenten zukommen lassen.

In allen Fällen der Kommission hat der Kommissionär einen Anspruch auf Provision und auf Vergütung für Auslagen und Aufwendungen. In der Praxis kommt es oft vor, dass an der Stelle einer Provision eine Partizipierung am Gewinn verabredet wird [12]. Es kann auch diese Partizipierung als eine Art Provision gelten und es liegt gleichwohl ein Kommissionsvertrag vor, wenn nach der überwiegenden Ansicht der Parteien das Geschäft auf fremde Rechnung geschlossen wurde [13]. Würde das Geschäft hingegen auf eigene

[11] Vgl. Guhl I, S. 216, Cosack, S. 195. Ausnahmen siehe unten S. 24 ff.

[12] Vgl. ein Urteil des zürch. Obergerichts, III. Kammer vom 12. 12. 22. Ferner SJZ. Bd. 20, S. 137.

[13] Vgl. Cosack, § 43, Ziff. 7.

Rechnung abgeschlossen, dann würde ein Trödelvertrag vorliegen. Dagegen würde eine Besoldung des Kommissionärs im Sinne einer Anstellung entsprechend den Bestimmungen des Dienstvertrages, ein Kommissionsverhältnis ausschliessen.

2. Die Begrenzung der Kommission.

Aus den Bestimmungen des Art. 425 Abs. 2 OR. ergibt sich, dass die Kommission nur ein Unterbegriff des Auftrages ist. Die Definition des Auftrages (Art. 394) trifft auch auf die Kommission zu. Es kommen daher die Bestimmungen über den Auftrag subsidiär zur Anwendung, d. h. in allen Fällen, wo das Kommissionsrecht keine speziellen Regeln aufstellt.

In erster Linie wird die Kommission begrenzt durch ihre Umschreibung im Gesetze selbst. Daher kommen die Bestimmungen des Kommissionsrechtes nicht zur Anwendung, wenn der abgeschlossene Vertrag der Definition der Kommission widerspricht und das auszuführende Geschäft weder im Kauf noch Verkauf beweglicher Sachen und Wertpapieren besteht. Dadurch unterscheidet sich der Kommissionär vom Mäkler, denn dieser schliesst für seinen Auftraggeber kein Geschäft ab, sondern er muss ihm dieses Geschäft nur vermitteln oder dessen Abschluss nachweisen.

Schwerer ist die Unterscheidung vom Trödelvertrag. Unter diesen fällt auch der im westschweizerischen Uhrenhandel sehr verbreitete «contract de soumission» [14]. Der Trödelvertrag ist im revidierten OR. nicht erwähnt, wird aber durch die Praxis des Bundesgerichtes geschützt [15]. Oft wird diese Vertragsart unter dem Namen der Kommission abgeschlossen, obschon es sich um keine Kommission im technischen Sinne des Wortes handelt, sondern um eine Art Rechtsgeschäft, das eine Zwischenstellung zwischen Kauf und Kommission innehat.

Durch den Trödler wird die Ware dem Vertrödler übergeben, welcher im Gegensatz zum Kommissionär durch diese Uebergabe Eigentümer wird. Er verkauft die Ware auf eigenen Namen, wie auch auf eigene Rechnung weiter, und trägt deshalb sowohl Ge-

---

[14] Vgl. Guhl I, S. 146, ferner BGE. Bd. 55, II. S. 39, ZBJV. Bd. 57, S. 379, Bd. 60, S. 243.

[15] BGE. Bd. 55, II. S. 39.

winn als auch Verlust [16]. Der Trödler hat auch nie Anspruch auf den erzielten Preis, sondern nur auf einen bestimmten Schätzungsbetrag. Er muss daher auch keine Provision leisten. Kann die Ware nicht verkauft werden, so kann, was bei dieser Vertragsart das Eigenartige ist, die Ware wiederum dem Trödler zurückgegeben werden.

Es sei hier nur nebenbei erwähnt, dass es rechtlich viel schwerer ist, den unehrlichen Vertrödler zu erfassen, als den Kommissionär; denn dem Trödler bleibt aus dem bedingten Kaufgeschäft, als welches der Trödlervertrag aufzufassen ist, ein bloss obligatorischer Anspruch auf Zahlung einer vorher festgelegten Taxsumme. Diesem obligatorischen Anspruch kann das Strafrecht nicht den gleichen Schutz zukommen lassen wie dem dinglichen Anspruch des Kommittenten [17].

Als U n t e r a r t e n der Kommission oder ihr verwandte Rechtsgeschäfte seien die Transportkommission, die Annoncenexpedition, der Kommissionsverlag, die Inkassokommission, die buchhändlerische Kommission, das Zeitungsdebit und die Wechselgeschäftskommission genannt [18]. Eine besondere Behandlung dieser Vertragsarten erübrigt sich, da die anhand des strafrechtlichen Teils zu machenden Ausführungen analog angewandt werden können.

Nach Pestalozzi [19] geschieht die Bezeichnung eines Vertrages als «Kommission» oft zu Unrecht, denn die so bezeichneten Geschäfte umfassen vielfach weder Kauf noch Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren und erfüllen daher die Voraussetzungen des Kommissionsvertrages nicht. Auch die blosse indirekte Stellvertretung wird im kaufmännischen Verkehr öfters fälschlicherweise als Kommission bezeichnet. Die Ursache dieser ungenauen Bezeichnung ist darin zu suchen, dass im Handel die Begriffe «Auftrag» und «Kommission» vermischt werden, weil der juristisch meist ungebildete Kaufmann den gebräuchlicheren Ausdruck vor-

---

[16] Vgl. BGE. Bd. 47, II. S. 218.

[17] Auch im Konkurs des Vertrödlers ist der Trödler schlechter gestellt, da ihm die Vorteile des Art. 401 Abs. 3 OR. nicht zukommen.

[18] Vgl. Grünhut, S. 393, 511 ff.

[19] Pestalozzi, S. 36.

zieht und deshalb Verträge als Kommission bezeichnet, denen dieser Name gar nicht zukommt.

3. Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs.

Obschon der Kommissionsvertrag zunächst dahin lautet, dass der Kommissionär das ihm aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschliesse, kann unter gewissen Umständen der Kommissionär Selbsteintritt ausüben, d. h. selbst an die Stelle des Dritten treten und das Ausführungsgeschäft mit sich selber abschliessen. Dieser Selbsteintritt ist aber nur bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen zulässig, denn das Gesetz (Art. 436) verlangt für dessen Gültigkeit, dass er nur an Waren oder Wertpapieren mit Markt- und Börsenpreis ausgeübt werden dürfe. Dadurch wird eine Interessenkollision vermieden. Bei andern Waren ist nur bei ausdrücklicher Zustimmung seitens des Kommittenten Selbsteintritt erlaubt [20]. Das Gesetz gibt dem Kommittenten auch die Möglichkeit, den Selbsteintritt ganz zu verbieten. Andererseits ermöglicht es ihm aber auch, sich auf Selbsteintritt zu berufen, nämlich dann, wenn der Kommissionär entweder unredlich gehandelt hat, oder für die Zahlungsfähigkeit des Dritten einstehen muss.

C. Die Anwendbarkeit des Strafrechts auf die rechtswidrigen Aneignungshandlungen des Kommissionärs

Der Kommissionär ist vertraglich verpflichtet, dem Kommittenten den vollen Kommissionserlös, resp. das eingekaufte Kommissionsgut zu übergeben. Tut er dies nicht, so muss er Schadenersatz leisten. Dies ist die privatrechtliche Sanktion der Verletzung eines bestimmten privaten Rechtes durch den Kommissionär. Es ist nun die Aufgabe dieser Arbeit, zu untersuchen, wie weit diese privatrechtliche Sanktion durch das öffentliche Recht verstärkt wird, und wie weit das Strafrecht die Ueberschreitung dieser privatrechtlichen Norm ahnden kann:

Wie weit eine Bestrafung einer zum Nachteil des Kommittenten begangenen, zivilrechtlich rechtswidrigen An-

[20] Vgl. BGE. Bd. 26, II. S. 37.

eignungshandlung des Kommissionärs durch das Strafgesetz ermöglicht wird.

Das Objekt dieser zivilrechtlich unerlaubten Handlung des Kommissionärs besteht in einem Vermögenswert. Dieser wird gebildet durch das Kommissionsgut oder einen Geldbetrag; es ist dabei zur Beurteilung der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit gleichgültig, ob dieses Objekt ins Eigentum des Kommissionärs übergehe, denn wirtschaftlich bleibt es für diesen immer fremd, da er vertraglich zu dessen Leistung an den Kommittenten verpflichtet ist. Die Handlung kann auf verschiedene Art erfolgen; vorerst soll sie nur negativ umschrieben werden: Als ein Nichtleisten des vertraglich geschuldeten Gutes oder Betrages an den Kommittenten.

Nicht immer kann das Strafrecht bei einem Vorliegen dieses Tatbestandes einschreiten. Es seien zum vorneherein alle jene Tatbestände ausgeschieden, in denen ein privates Recht gar nicht verletzt wird, bei welchen daher die Rechtswidrigkeit fehlt, denn die strafrechtliche Sanktion soll nur bei Verletzung einer bestimmten privatrechtlichen Norm eingreifen. Wenn also das Privatrecht unter gewissen Voraussetzungen die Nichtaushändigung des Kommissionsertrages an den Kommittenten zulässt (z. B. Ausübung eines Retentionsrechtes nach Art. 434 durch den Kommissionär), dann kann auch das Strafrecht nicht eingreifen, weil ein zivilrechtlicher Ausschliessungsgrund der Rechtswidrigkeit vorliegt. Es kann nur dort strafen, wo eine zivilrechtliche Norm wirklich verletzt ist.

Diese Verletzung genügt jedoch noch nicht, denn um die Strafbarkeit herbeizuführen, müssen zugleich auch die Merkmale eines strafrechtlichen Tatbestandes gegeben sein. Um deshalb jede Verletzung privaten Rechtes erfassen zu können, wäre vom Standpunkt der Rechtssicherheit jene Lösung die beste, die für jede Privatrechtsverletzung einen strafrechtlichen Tatbestand aufstellen könnte und sich daher streng nach den Angriffsobjekten gliedern würde. Es müsste also unser Strafgesetz einen speziellen Tatbestand aufstellen, der als Subjekt nur den Kommissionär kennen würde. Doch ist es leicht ersichtlich, dass sich diese Forderung aus gesetzestechnischen Gründen nicht verwirklichen lässt. Bei allen modernen Kodifikationen richtet sich denn auch die Einteilung nicht nur nach

den zu schützenden Rechtsgütern oder den Angriffsobjekten, sondern auch den Deliktshandlungen.

Es muss daher bei jeder Verletzung eines zivilen Rechtes ein entsprechender strafrechtlicher Tatbestand gesucht werden. Dabei ist es möglich, dass das Strafrecht nicht jede Verletzung einer zivilrechtlichen Norm bestrafen will, weil es dieser Verletzung von seinem Standpunkte aus nicht die nötige Schwere beimisst. Von dieser Erscheinung sind dagegen alle jene Fälle zu unterscheiden, in denen das Strafrecht eine Erfassung wohl will, aber dies bei einer strikten Auslegung des Gesetzes verunmöglicht wird, obschon eine Bestrafung im Sinne des Gesetzes liegen würde. Man nennt dies eine Strafrechtslücke. Eine solche ergibt sich, wenn eine Verletzung wohl die innere Ratio einer Strafrechtsnorm erfüllt und bei einer rein teleologischen Gesetzesauslegung von einem Tatbestand erfasst werden könnte, nicht aber mit den äusseren Tatbestandsmerkmalen übereinstimmt [21].

Durch den im schweizerischen Strafrecht grundsätzlich anerkannten Satz: nulla poena sine lege, wird in diesen Fällen eine Bestrafung verunmöglicht, da durch diesen Grundsatz die Analogie im Strafrecht ausgeschlossen wird. Eine andere Lösung findet dieses Problem nach dem neuen deutschen Strafrecht. Danach wird nicht nur eine Handlung bestraft, die das Gesetz mit Strafe belegt, sondern auch diejenige Tat, «die nach dem gesunden Volksempfinden in Verbindung mit dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdient» (d. StGB. § 2, Fassung vom 27. 6. 35). Praktisch können dadurch alle Strafrechtsslücken beseitigt werden. Es bleibe dahingestellt, zu untersuchen, inwieweit die Vorteile einer solchen Lösung deren Nachteile überwiegen. Sicher ist jedoch, dass der Spielraum des richterlichen Willens zu weit geht und der richterlichen Willkür dadurch wieder freie Bahn gegeben wird, da sich Begriffe wie «gesundes Volksempfinden» oder «Grundgedanke eines Strafgesetzes» auch nach langer Praxis und gewährleisteter richterlicher Unabhängigkeit nie genau werden festlegen lassen und immer temporären Strömungen unterworfen sein werden.

---

[21] Vgl. Zingg, S. 49.

III. Die Bestrafung des Kommissionärs nach dem kantonalen Recht

1. Teil:
Die Bestrafung nach dem Unterschlagungstatbestand

A. Der Tatbestand der Unterschlagung im allgemeinen

§ 147 Sol. StGB.:

> Wer eine fremde bewegliche Sache, die er im Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig aneignet, macht sich der Unterschlagung schuldig.

Dieser Tatbestand ist die wörtliche Abschrift des § 246, Abs. 1 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches vom 15. Mai 1871. Diese Fassung, sowie der dem Tatbestand zugrunde liegende Gedanke des Gesetzgebers hat auch in der Schweiz viele Anhänger[1] gefunden. Es ist dieser Paragraph eine der vom schweizerischen Recht am meisten rezipierten Bestimmungen ausländischen Rechtes. So folgt denn auch dieser Fassung ausser Solothurn noch eine ganze Gruppe deutsch-schweizerischer Kantone. Es sind dies: Appenzell A.-Rh., Art. 114, Abs. 1. Appenzell I.-Rh., Art. 117, Abs. 1. Baselland, § 140, Abs. 1 Baselstadt, § 114, Abs. 1. Zürich, § 177, Abs. 1. Ferner folgen dieser Fassung mit geringen Abänderungen die Strafgesetzbücher von Aargau, St. Gallen und Zug. Die übrigen Strafgesetzbücher der deutschen Schweiz fügen diesem Tatbestand noch zusätzliche Merkmale bei.

[1] Cartier, S. 155 ff. Stellt die etwas gewagte Behauptung auf, dass der Unterschlagungstatbestand des deutschen Strafgesetzes derart vorbildlich sei, dass jede Neuerung, die etwas Besseres an seine Stelle setzen wolle, einem Rückschritt gleichkomme.

Während sich die Unterschlagungstatbestände der deutschen Schweiz im Grossen und Ganzen decken und ein «diebliches Behalten» [2] bezeichnen wollen, will der entsprechende Tatbestand der welschen Kantone (abus de confiance) einen Vertrauensmissbrauch bezeichnen [3].

B. Der objektive Tatbestand

1. Das Merkmal der Sache.

Der Begriff der Sache deckt sich im schweizerischen Zivil- und Strafrecht. Zingg [4] behauptet zwar, indem er sich auf Binding [5] beruft, dass der Sachbegriff vom Strafrecht in durchaus selbständiger Weise bestimmt werde. Er begründet dies dadurch, dass der strafrechtliche Sachbegriff mit den zivilrechtlichen Anschauungen zufällig übereinstimme, eine solche Uebereinstimmung aber nicht notwendig sei, und deshalb die Begriffe selbständig seien. Unseres Erachtens scheint hingegen dieser Schluss nicht zwingend zu sein.

«Sachen» können demnach alle körperlichen Gegenstände mit Ausnahme des lebenden Menschen sein. Nicht Sachen sind daher Forderungen und insbesonders die Forderungsrechte. In bezug auf die rechtswidrigen Aneignungshandlungen durch den Kommissionär ist das Moment der Sache erfüllt, da als Aneignungsobjekt nur Ware, Geld oder Wertpapiere in Betracht fällt.

2. Das Merkmal der beweglichen Sache.

Auch hier nimmt die herrschende Lehre an, dass das Strafrecht in durchaus selbständiger Weise diese Sacheigenschaft beurteile [6]. «Bewegliche Sachen sind ganz realistisch gefasst, alle, welche weggenommen werden können, also von Ort zu Ort bewegt werden können» [7]. Es ist daher auch möglich, dass Gegenstände, die durch das Zivilrecht als Immobilien bezeichnet werden, taugliche Objekte einer Unterschlagung sein können, sie müssen nur beweglich ge-

---

[2] Stooss, Grundzüge, S. 85.
[3] Vgl. unten S. 64 ff.
[4] Zingg, S. 15.
[5] Binding, Lehrbuch, S. 257.
[6] Vgl. Zingg, S. 15, Binding, Lb. S. 276.
[7] Binding, Lb. S. 276.

macht werden [8]. Es erübrigt sich im weitern, auf diese Unterscheidung einzugehen, da in unserm konkreten Fall nur Geld, Waren und Wertpapiere als mögliche Objekte einer Unterschlagung in Betracht fallen, die sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich als bewegliche Sachen gelten. Daher bildet auch das Moment der Beweglichkeit bei der Verfolgung des unredlichen Kommissionärs kein Problem.

3. Das Merkmal der fremden Sache.

a) Im allgemeinen

Der Unterschlagungstatbestand erfordert, dass die Sache für den Täter eine fremde sein müsse. Das Gesetz gibt dem Richter mit diesem Merkmal der Fremdheit keine Definition in die Hand, sondern einen blossen Begriff, dem jede Bestimmtheit fehlt und der daher zunächst noch abgeklärt werden muss. Da das Gesetz alle Begriffe, denen es einen eigenen Inhalt setzen will, genau umschreibt und dies bei der «fremden» Sache nicht zutrifft, kann daraus geschlossen werden, dass das Wort «fremd» in seinem natürlichen Sinn, so wie es durch den Gebrauch des täglichen Lebens geformt wird, gebraucht werden solle.

Rein grammatikalisch interpretiert will das Wort «fremd» eine Eigenschaft ausdrücken, durch die es begrifflich in Gegensatz steht zu der Eigenschaft, die das Wort «eigen» bezeichnen will. Folglich ist die Bedeutung dieses Begriffes vorwiegend eine negative: Fremde Sachen können alle jene Sachen sein, die nicht im eigenen Eigentume stehen. Wenn der Begriff des Eigentums bestimmt ist, dann ist es leicht, den Begriff der «fremden Sache» zu bestimmen. Da die «fremde Sache» das Eigentum ausschliesst, ergibt sich daraus die Unmöglichkeit einer eigenen Sache als taugliches Objekt einer Unterschlagung; die Unmöglichkeit, dass der Täter Eigentümer der unterschlagenen Sache sein könne.

Es lässt sich ferner aus dem Unterschlagungstatbestand schliessen, dass die fremde Sache überhaupt einen Eigentümer haben muss, denn eine herrenlose Sache wird durch die blosse Aneignung zur

[8] So z. B. Bestandteile von Bauten, vgl. ferner die von Zingg, S. 15, Anm. 45 angeführten Beispiele.

eigenen Sache, woran eine Unterschlagung begrifflich ausgeschlossen ist.

Wenn wir von der negativen Umschreibung des Begriffes «fremd» absehen, und diesen Begriff nach seinem natürlichen Sinn auszulegen versuchen, so liegt es auf der Hand, dass dies allein durch das Zivilrecht geschehen kann, da es sich hier um einen spezifisch zivilrechtlichen Ausdruck handelt. Es ist dies denn auch die allgemein geltende Ansicht der herrschenden Doktrin. Danach ist die Sache für den Täter eine fremde, wenn sie zur Zeit der Tat nach den Bestimmungen des Zivilrechts im Eigentum eines andern steht [9].

Wie sich anhand dieser Arbeit noch herausstellen wird, führt die zivilrechtliche Bestimmung der fremden Sache oft zu unbilligen, um nicht zu sagen ungerechten Urteilen, obschon diese mit keiner Norm des objektiven Rechtes in Widerspruch stehen. Es trifft dies dann zu, wenn eine Bestrafung notwendig erscheint und vom gesunden Rechtsempfinden gefordert wird, dies aber aus strafrechtlich belanglosen Gründen durch die zivilrechtliche Eigentumsordnung verunmöglicht wird. Durch die strikte Anwendung dieser zivilrechtlichen Eigentumsordnung entsteht daher eine Lücke im klaren Aufbau der Vermögensdelikte, welche nicht ohne Gefahr bleiben kann und leicht zu einem Ventil von Rechtsumgehungen jeglicher Art führen kann. Da eine Strafrechtslücke, wie schon dargestellt wurde [10], nicht mit den Mitteln der Analogie beseitigt werden kann, hat man auf andere Art versucht, diese Lücke zu schliessen. Zu diesem Zwecke hat die Rechtslehre eine besondere Konstruktion aufgestellt, die Konstruktion vom sogenannten strafrechtlichen Eigentum, welche lange Zeit das Thema einer juristischen Streitfrage gebildet hat.

b) Die Theorie vom sog. strafrechtlichen Eigentum

Da es das Gesetz unterlässt, den Eigentumsbegriff genauer zu umschreiben, ist dessen Bestimmung eine Frage der Gesetzesinterpretation. Diese Theorie vom strafrechtlichen Eigentum glaubt nun, sie bleibe im Rahmen der erlaubten Interpretation, wenn

---

[9] Uebereinstimmend, Zingg, S. 16.

[10] Vgl. oben S. 13.

sie neben dem Zivilrecht dem Strafrecht die Möglichkeit gebe, den spezifisch zivilrechtlichen Eigentumsbegriff zu bestimmen. Sie will dies zwar nur dort tun, wo die Anwendung der zivilrechtlichen Eigentumsordnung eine Strafrechtslücke zur Folge hat. Diese muss dadurch entstanden sein, dass das Zivilrecht aus kriminalpolitisch ganz unwesentlichen Gründen, in einem Tatbestand, bei welchem die innere Ratio eines gesetzlichen Tatbestandes erfüllt ist, das Objekt als ein im Eigentum des Handelnden stehendes bestimmt und daher eine Bestrafung verunmöglicht, da durch das fehlende Requisit der fremden Sache eine Voraussetzung des strafbaren Tatbestandes ausgeschieden wird.

Wir erhalten daher folgende Problemstellung:

> Kann das Strafrecht abweichend von der zivilrechtlichen Ordnung eine Sache als eine fremde anerkennen, da die zivilrechtlichen Grundsätze nicht ausreichen, um den Erfordernissen des Strafrechts Genüge zu leisten? [11]

Selbstverständlich dürfen bei der Lösung dieses Problems die Grenzen der erlaubten Auslegung nicht überschritten werden. Es fällt deshalb zum vorneherein eine Lösung im Sinne des neuen deutschen Rechtes weg, obschon ihre praktische Anwendbarkeit auf diesen konkreten Fall nicht bestritten werden kann [12]. Auch fällt eine Lösung ausser Betracht, wie sie der durch seine eigenartige Rechtssprechung berühmt gewordene französische Gerichtspräsident Magnaud von Chateau-Thierry gefunden hat [13]. Dieser liess sich bei seiner Urteilsfällung allein von Gründen der Humanität und von der Rücksicht auf die menschliche Solidarität leiten. Dabei konnte er sich natürlich nur von rein subjektiven Erwägungen bestimmen lassen, und es war deshalb nicht zu umgehen, dass der Grundsatz, nulla poena sine lege verletzt wurde. Es sei auch noch die dieser Lehre verwandte deutsche sogenannte Freirechtsschule erwähnt, die die Frage der Lösung des strafrechtlichen Eigentums ebenfalls versucht hat, die aber auch aus den gleichen Gründen abgelehnt werden muss.

---

[11] Vgl. Karpf, S. 37.

[12] Vgl. oben S. 13.

[13] Vgl. Hafter, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 12, ferner Zingg, S. 154.

Da die Analogie durch den Satz: nulla poena sine lege, aus dem Strafrecht ausgeschlossen wird, kann als erlaubte Auslegung nur noch die sogenannte extensive Interpretation gelten. Diese wird durch obigen Grundsatz nicht berührt, was oft bei einer zu starren, dogmenhaften Anwendung dieser Maxime verkannt wird. Die extensive Interpretation unterscheidet sich von der Analogie dadurch, dass sie im «Rahmen eines bestehenden Gesetzessatzes» bleibt [14] und diesen logisch oder nur rein grammatikalisch auslegt, oder wie Hafter [14] sich ausdrückt, «mit allen Mitteln der juristischen Kunst aus ihm herausholt, was nach Wortlaut und Sinn in ihm liegt». Die Analogie dagegen zieht andere, den Fall nicht betreffende, wohl aber diesem verwandte Tatbestände zur Auslegung herbei [15].

Es ist deshalb eine Frage der erlaubten extensiven Interpretation, ob das Deliktsobjekt der Unterschlagung eine Sache sei, deren Eigentumszugehörigkeit durch die Bestimmungen des Strafrechts oder des Zivilrechts bestimmt werde, weil einerseits der Unterschlagungstatbestand diese Frage offen lässt, und andererseits zur Lösung dieser Frage kein anderer strafrechtlicher Tatbestand herbeigezogen werden muss und daher die Auslegung nicht über den erlaubten Rahmen hinausgeht.

Die Anhänger der Lehre vom strafrechtlichen Eigentum behaupten, es liege auf der Hand, den Schluss zu ziehen, dass auch der Eigentumsbegriff durch das Strafrecht bestimmt werde, weil ja nach der herrschenden Lehre die auch zum Unterschlagungstatbestand gehörenden Momente der Sache und der Beweglichkeit vom Strafrecht ihren Inhalt erhielten. Demgegenüber lehnt die heutige Praxis diese Motivierung ab, weil sie im Eigentum, im Gegensatz zu den viel allgemeineren Begriffen der Sache und der Beweglichkeit, einen spezifisch zivilrechtlichen Ausdruck erkennt. Es mag sein, dass diese Ablehnung auch deshalb geschieht, weil ein Schritt zu einer solchen Konstruktion als zu gewagt erscheinen könnte.

Für kurze Zeit wurde dennoch die Konstruktion eines strafrechtlichen Eigentumsbegriffes versucht. Begründet wurde diese Praxis durch ein Urteil des preussischen Obertribunals aus dem Jahre 1867, welchem in der Folgezeit noch eine Reihe ähnlicher

---

[14] Hafter, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 14.

[15] Vgl. Thormann-v. Overbeck, S. 35, ferner Hafter Lb. I, S. 14.

Urteile anderer Gerichte folgten. Auch die einschlägige Rechtsliteratur stellte sich teilweise auf den Boden dieses preussischen Urteils [16].

Motiviert wurde diese Praxis durch eine Berufung auf Treu und Glauben: Es komme dabei überall auf den zivilrechtlichen Standpunkt nicht an, da der Unterschlagungstatbestand die Sicherung von Treu und Glauben im Verkehrsleben bezwecke. Deshalb sei in erster Linie für die Lösung der Eigentumsfrage auf die zwischen den Beteiligten vereinbarte Uebereinkunft zurückzugreifen. Das Strafrecht wolle aber seinen Schutz dem unter der Treue dieser Uebereinkunft stehenden obligationenrechtlichen Verhältnis gewähren.

Nach dieser Theorie würde es bei der Kommission demnach nie darauf ankommen, in was für einem zivilrechtlichen Eigentumsverhältnis, z. B. der Verkaufserlös zum Kommissionär stünde. Da lediglich das Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent zu schützen sei, und dieses Verhältnis die Erlangung des aus dem Ausführungsgeschäft Erhaltenen durch den Kommittenten zum Ziele habe, so müsste folglich sowohl Kommissionsgut als auch der Verkaufserlös für den Kommissionär immer eine fremde Sache sein.

Doch den Vorteilen dieser Lösung, denen namentlich in bezug auf eine Bestrafung des unredlichen Kommissionärs eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden könnte, stehen gewichtige Nachteile gegenüber. Dies wurde dann auch bald von der Rechtswissenschaft eingesehen und es wurde daher diese Konstruktion bald wieder fallen gelassen [17]. Schon in einer 1879 erschienenen Arbeit von Karpf finden sich deutliche Widerstände gegen diese Art Auslegung der fremden Sache [18].

Welches sind nun die hauptsächlichsten Ablehnungsgründe dieser Theorie? Vor allem ist es unmöglich, den Eigentumsbegriff auf

---

[16] Vgl. die von Zingg, S. 160 in Anm. 146 angeführte Judikatur und Literatur.

[17] Vgl. insbes. Olshausen, zu § 246, 3. II., ferner Frank zu § 246 II. 3.

[18] Karpf, S. 40. Karpf gibt zwar dieser Theorie noch eine gewisse Berechtigung, weil sonst durch die Anwendung des damals in D. noch nicht einheitlichen Zivilrechts eine uneinheitliche Auslegung des StR. erreicht würde. — Eine etwas später von Ziethen erschienene Abhandlung kommt zum gleichen Schluss.

zwei verschiedene Arten zu bestimmen, da Straf- und Zivilrecht beides Glieder der gleichen Rechtsordnung sind und folglich nichts Gegensätzliches enthalten dürfen. Beide müssen, zwar auf verschiedene Art, die von der Rechtsordnung aufgestellten Normen schützen. Versagt der Schutz des Zivilrechts, dann greift der strafrechtliche Schutz ein. Wenn daher die vom Zivilrecht aufgestellte Eigentumsordnung verletzt wird, so muss sie auch wirksam durch das Strafrecht geschützt werden können. Es ist deshalb nicht möglich, dass das Strafrecht dem vom Zivilrecht aufgestellten Eigentumsbegriff seinen Schutz versagt, und dass umgekehrt, durch das Strafrecht ein Eigentum geschützt wird, das das Zivilrecht gar nicht anerkennt oder dass ein zivilrechtlicher Eigentümer vom Strafrecht bedroht wird, wenn er seine guten Rechte ausüben will, und dass ein strafrechtlicher Eigentümer, der durch das Strafrecht wohl geschützt wird, seine zivilrechtlichen Befugnisse nicht geltend machen kann, so z. B. sein Eigentum nicht vindizieren kann.

Durch diese Konstruktion würde auch der subsidiäre Charakter des Strafrechts [19] durchbrochen. Da aber gerade beim Unterschlagungstatbestand dieser subsidiäre Charakter nicht bestritten werden kann, weil gerade dieser Tatbestand zum Schutze bestimmter zivilrechtlicher Verhältnisse aufgestellt worden ist, würden sich aus einer Anerkennung dieser Theorie noch andere unhaltbare Konsequenzen ergeben: Das vom Zivilrecht festgelegte Requisit der fremden Sache würde ausgedehnt und dadurch müsste der an sich spezielle Tatbestand der Unterschlagung immer mehr zu einem generellen, dem französischen «abus de confiance» ähnlichen Tatbestand werden, dessen Merkmale aber durch den Untreuetatbestand zum grössten Teil schon erfüllt sind. Es würde dabei das Tatbestandsmerkmal der fremden Sache ganz langsam unterdrückt, wobei auch die eigentliche Ratio der Unterschlagung untergehen müsste, wodurch aber der richterlichen Willkür freie Bahn gewährt würde [20].

---

[19] Vgl. oben S. 5 ff.

[20] Vgl. Zingg, S. 162 und Karpf, S. 40, welche zu ähnlichen Resultaten gelangen.

c) Die zivilrechtliche Bestimmung der fremden Sache im allgemeinen

Wie dargelegt wurde, ist eine Unterschlagung nur möglich, wenn das Objekt der Unterschlagung für den Kommissionär eine zivilrechtlich fremde Sache ist, sich also nicht in seinem Eigentum befindet. Wir suchen jedoch im Obligationenrecht vergebens nach einer Bestimmung, die die Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsvertrag zwingend regelt. Als Grundlage zur Beurteilung dieser Frage muss daher Art. 1 ZGB. herbeigezogen werden.

Die Frage, ob eine Sache fremd sei oder nicht, bestimmt sich in erster Linie nach ihrem rechtlichen Charakter, d. h. sie kann je nach der Art des Objektes verschieden gelöst werden. Daher soll zunächst untersucht werden, was für mögliche Objekte das Zivilrecht überhaupt schafft, die für eine durch den Kommissionär begangene Unterschlagung tauglich sein können. Die einschlägige Rechtsliteratur knüpft in der Regel an einen in der Praxis abgeurteilten Fall an und nennt daher meistens nur die Unterschlagung des Verkaufserlöses oder des Kommissionsgutes, da dies die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle sind. Diese beiden Begriffe erfassen daher nicht alle Objekte, die eventuell für eine Unterschlagung des Kommissionärs als tauglich bezeichnet werden können. Daneben kennen aber Praxis und Literatur im Zusammenhang mit den rechtswidrigen Aneignungshandlungen des Kommissionärs noch eine Reihe weiterer Ausdrücke, wie z. B. Kommissionsertrag, -gewinn, -betrag, -summe [21], ohne sich aber über deren Inhalt genau Rechenschaft zu geben.

Um in diesem Wirrwarr von Begriffen eine gewisse Ordnung zu erhalten, soll in dieser Arbeit das mögliche Objekt einer Unterschlagung nur nach den Bestimmungen des Obligationenrechts definiert werden. Letzteres spricht nur von K o m m i s s i o n s g u t und V e r k a u f s e r l ö s [22]. Das Gesetz unterscheidet also zwischen Ware und Wertpapieren einerseits und Geld andererseits. Innerhalb dieser beiden Kategorien ist ferner zwischen Verkaufs- und

---

[21] Vgl. SJZ. Bd. 20, S. 135 ff., S. 219 ff. Bd. 21, S. 37 ff., S. 44 ff, S. 111 ff., S. 158 ff.

[22] Vgl. OR. Art. 427, 434, 435.

Einkaufskommission zu unterscheiden. Es bieten sich daher dem Kommissionär folgende Unterschlagungsobjekte:

Ware, resp. Wertpapiere, erhält der Kommissionär entweder bei der Verkaufskommission vom Kommittenten zum Verkauf oder er erhält diese bei der Einkaufskommission für den Kommittenten. In beiden Fällen spricht das Gesetz von Kommissionsgut.

Verkaufserlös nennt das Gesetz den Geldbetrag, den der Kommissionär bei der Verkaufskommission für den Kommittenten als Preis für das verkaufte Kommissionsgut erhält. Einen Geldbetrag kann er ferner bei der Einkaufskommission vom Kommittenten als Vorschuss oder Mittel zum Einkauf erhalten. Hier unterlässt es das Gesetz, einen terminus technicus zu bezeichnen.

An allen vier Objekten ist begrifflich eine Unterschlagung möglich. Als weiteres Objekt einer Unterschlagung kann der Kommissionsgewinn gedacht werden. Dies ist ein Vermögensbetrag, der dadurch entstanden ist, dass der Kommissionär entweder wohlfeiler kaufte, als der Kommittent vorausgesetzt hatte, oder teuerer verkaufte, als er ihm vorgeschrieben hatte [23]. Diesen Gewinn darf der Kommissionär nicht für sich behalten. Es erübrigt sich hier jedoch eine spezielle Behandlung dieses Gewinnes als Unterschlagungsobjekt, da der Gewinn entweder immer ein Teil des Verkauferlöses oder ein Mehr an eingekauftem Gute„ resp. ein Weniger an zum Einkauf benötigten Gelde ist. Unterschlagung des Gewinnes ist deshalb stets eine teilweise Unterschlagung des Verkaufserlöses oder des eingekauften Kommissionsgutes, resp. des vom Kommittenten dem Kommissionär zum Einkauf übergebenen Geldes. In einem Fall jedoch kann die Behandlung des unrechtmässig erzielten Gewinnes nicht auf diese Weise erfolgen. Es ist dies bei einer Bereicherung des Kommissionärs bei Selbsteintritt durch einen sogenannten unerlaubten Schnitt, was aber Gegenstand eines besondern Abschnittes sein soll [24].

d) Das Eigentum am Kommissionsgut bei der Verkaufskommission

Nach der geltenden Rechtsauffassung bleibt das Kommissionsgut bis zur Tradition an den Dritten grundsätzlich im

[23] OR. Art. 428, Abs. 3.

[24] Vgl. unten S. 46 ff.

Eigentum des Kommittenten. Nach Kommentar Becker [25] bedarf dies nicht einmal einer Begründung. Diese Auffassung kann wohl als selbstverständlich gelten, wenn das Kommissionsgut im Besitz, wie auch im Eigentum des Kommittenten bleibt, und das Eigentum daher direkt von diesem an den Dritten übergeht. Der Kommissionär bekommt bei dieser Sachlage das Kommissionsgut überhaupt nie in die Hände, obschon er allein mit dem Dritten den Vertrag abschliesst, und diesen, zwar nur auf indirekte Art, Eigentümer werden lässt. Dabei ist es gleichgültig, ob der Dritte in der Meinung sei, dass er von ihm direkt Eigentum übertragen erhalte. Dadurch, dass der Kommittent das Eigentum zunächst behält, ist die Stellung des Kommissionärs geschwächt und der des Mäklers ähnlich. Wie dieser hat er bloss eine Art Vermittlerrolle zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten, bleibt aber Kommissionär, solange er mit dem Dritten den Vertrag in eigenem Namen abschliesst.

Nicht so einfach gestalten sich die Eigentumsverhältnisse, wenn, was die Regel bildet, der Kommittent dem Kommissionär das Kommissionsgut übergibt, um ihm dadurch den Verkauf desselben zu erleichtern. Meistens ist es nicht seine direkte Absicht, ihm daran ein Eigentumsrecht zu verschaffen, sondern er will ihm dadurch lediglich den Eigentumsübergang an den Dritten erleichtern. Daher bleibt der Kommittent bis zur Tradition an den Dritten Eigentümer, solange das Haupterfordernis einer Eigentumsübertragung an den Kommissionär fehlt: die dahingehende Willensübereinstimmung von Kommittent und Kommissionär. Bei der Eigentumsübertragung an den Dritten geht das Eigentum direkt über, wie wenn der Kommittent die Tradition selbst vorgenommen hätte. Die obligationenrechtlichen Verhältnisse dagegen wirken sich zunächst nur zwischen dem Kommissionär und dem Dritten aus.

Es gibt jedoch einige Ausnahmefälle, in welchen das Eigentum am Kommissionsgut zuerst auf den Kommissionär übergeht und erst dann an den Dritten. Es ist dies dem freien Willen des Kommittenten überlassen, weil das Gesetz diesen Eigentumsübergang nicht zwingend regelt. Vor allem kann eine Eigentums-

[25] Becker, Komm. zu Art. 434.

erlangung des Kommissionärs auf Grund der äusserst verschiedenartig gestalteten inneren Verhältnisse geschehen. So kann z. B. das Eigentum aus Sicherungszwecken übergeben werden, oder es kann auch treuhändlerisch übertragen werden. Damit aber über diese von der Regel abweichende Eigentumsübertragung die erforderliche Einigung entstehe, ist in allen diesen Fällen eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nötig.

Für die fiduziarische Uebertagung bildet diese Vereinbarung den notwendigen Anhaltspunkt, um diese besondere Art von Rechtsbeziehung zu erkennen, denn das Kommissionsgeschäft weist ohnehin seiner Natur nach gewisse treuhändlerische Merkmale auf. Nach Guhl [26] ist ein Treuhandverhältnis immer dann anzunehmen, wenn die Wirkung der von den Parteien getroffenen Vereinbarung «über den von ihnen beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg hinausgeht und dem Berechtigten dadurch nach aussen eine bessere oder einfachere Rechtsstellung verschafft». Der Kommissionsvertrag verlangt grundsätzlich nicht, dass das zur Veräusserung bestimmte Kommissionsgut dem Kommissionär zu Eigentum übertragen werde; ist aber eine entgegengesetzte Vereinbarung getroffen worden, und soll durch diese Vereinbarung die Rechtsstellung des Kommissionärs, namentlich seiner Verfügungsfreiheit, verbessert werden, dann lässt sich ein solches Treuhandverhältnis vermuten. Dieses Verhältnis kann nicht nur im Interesse des Kommissionärs, sondern auch dem des Kommittenten sein, denn dadurch, dass beim Verkauf des Kommissionsgutes die Stellung des Kommissionärs gefestigter erscheint, ist auch dem Kommittenten gedient [27].

Ferner kann der Kommissionär auch dadurch Eigentum erhalten, dass ihm vom Kommittenten nicht nur die Veräusserung, sondern zugleich auch die Anschaffung des Kommissionsgutes übertragen wird. Der Kommissionär erwirbt in diesem Fall das Kommissionsgut von einem Dritten, um es dann in eigenem Namen, wohl aber auf Rechnung des Kommittenten direkt weiter zu verkaufen. Das Kommissionsgut kommt also gar nie in den Besitz des Kommittenten. Wie sich die Eigentumsverhältnisse gestalten, ist davon abhängig, in welcher rechtlichen Form die Anschaffung des Kom-

[26] Guhl, I. S. 68.

[27] Ueber die fiduz. Natur des Kommissionsgeschäftes vgl. insbes. Klee, S. 79 ff.

missionsgutes vorgenommen wurde. Tritt der Kommissionär beim Ankauf der Ware als direkter Stellvertreter des Kommittenten auf, dann wird dieser Eigentümer. Handelt er hingegen als indirekter Stellvertreter, als Einkaufskommissionär, dann gelten die bei der Einkaufskommission zu erörternden Grundsätze [28].

Letztlich sei noch der durch Vermengung und Vermischung des Kommissionsgutes mit andern dem Kommissionär gehörenden Gütern erlangte Eigentumserwerb erwähnt. Auf die sich daraus ergebende besondere Rechtslage soll in einem spätern Abschnitt zurückgekommen werden [29].

e) Das Eigentum am Kommissionsgut bei der Einkaufskommission

I. Im allgemeinen.

Nach Art. 425 OR. besorgt der Einkaufskommissär in eigenem Namen, doch auf Rechnung des Kommittenten, den Einkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren. Dieser vom Kommissionär mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag weist zwei verschiedene Arten von Wirkungen auf; obligatorische und dingliche Wirkungen. Während die obligatorischen Wirkungen nur zwischen ihm und dem Dritten eintreten, ist die rechtliche Natur der dinglichen Wirkungen bestritten. Der Kommissionär ist daher immer aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag verpflichtet, gleichgültig wie auch die dinglichen Wirkungen gestaltet sind, ob er Eigentümer des Kommissionsgutes sei oder nicht.

Ueber die Gestaltung dieser Eigentumsverhältnisse herrschen in der Doktrin die verschiedensten Auffassungen. Wohl erwirbt der Kommissionär den Besitz am Kommissionsgut, doch fehlt oft die zur Eigentumsübertragung nötige Willensübereinstimmung der Parteien über die Person des Erwerbers. Da das Gesetz diesen nicht zwingend bestimmt und daher mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zulässt, muss zu dessen Ermittlung trotzdem auf diesen Parteiwillen abgestellt werden. Da aber diesem Parteiwillen, der sich sowohl auf die Person des Erwerbers als auch das Kommissionsgut er-

[28] Vgl. unten Ziff. e.

[29] Vgl. unten S. 44 ff.

strecken muss, die nötige Bestimmtheit vielfach fehlt, muss versucht werden, diesen nach ganz bestimmten Regeln auszulegen. Diese Willensbildung bildet denn auch den Inhalt der verschiedensten Theorien, welche daher hier in Kürze dargestellt werden sollen [30].

1. Die Willenstheorie: Nach dieser Theorie kommt es allein auf den Willen des Kommissionärs an; der Wille von Tradent und Kommittent tritt zurück [31]. In der Regel wird daher der Kommissionär zunächst immer selber Eigentümer werden. Es wird ihm zwar immer möglich sein, den Kommittenten von Anfang an zum Eigentümer zu machen, sein Wille muss nur darauf gerichtet sein. Der Kommittent wird in diesem Falle direkt mit der Uebergabe des Kommissionsgutes an den Kommissionär Eigentümer, er braucht nicht einmal darüber seine Einwilligung zu geben, da angenommen werden darf, dass eine solche schon im Kommissionsverhältnis enthalten sei.

Diese Theorie mag ganz verständlich sein, doch ist sie in der Praxis, namentlich aber für die Auslegung des Strafrechts unanwendbar, denn es kann ein Urteil nicht allein von einem rein subjektiven Merkmal, wie vom Willen des Kommissionärs, der nicht einmal immer geäussert werden muss, abhängig gemacht werden.

2. Die Interessentheorie: Diese fordert, dass die Leistung des Dritten unmittelbar an den Interessenten erfolgen müsse, falls es dessen Interessenslage erfordere [32]. Die Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut müssen demnach so gestaltet sein, dass nicht ein Kontrahent, nur durch die Tatsache, dass der Gegenkontrahent Eigentum hat, zu Schaden kommen kann. «Interessent» kann sowohl Kommissionär als auch Kommittent sein. Dieser ist Interessent im Konkurs des Kommissionärs, jener, wenn ihm der Kommittent die ihm aus dem Kommissionsverhältnis zustehenden Forderungen nicht erfüllt.

Diese Theorie ist hauptsächlich deshalb abzulehnen, weil ihre konsequente Anwendung zu einer vollständigen Vermischung von Innen- und Aussenverhältnis führen würde. Auch können die

---

[30] Ueber diese Theorien vgl. insbes. die ausführlichen Erörterungen von Langen. Vgl. ferner Petri, S. 368 ff.

[31] Vgl. Grünhut, S. 368.

[32] Vgl. Petri, S. 373.

dinglichen Verhältnisse nicht nur nach den obligationenrechtlichen Beziehungen der Kontrahenten gestaltet werden. Im schweizerischen Recht erübrigt sich diese Theorie ohnehin, da einerseits durch Art. 401 OR. der Kommittent im Konkurse des Kommissärs geschützt wird, und andererseits durch das Retentionsrecht des Art. 434 OR. der Schutz des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten weitgehend ausgebaut wird. Man könnte höchstens darin, dass versucht wird, aus diesen beiden Artikeln die Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsgeschäft zu bestimmen, eine indirekte Anerkennung der Interessentheorie erblicken [33].

3. Die Kausaltheorie: Diese Theorie legt das Hauptgewicht auf das Grundgeschäft [34]. Der Kommissionär erwirbt demnach durch die Besitznahme nur Eigentum, wenn er dazu aus dem Grundgeschäft berechtigt ist. Ist hingegen der Kommittent aus dem Grundgeschäft berechtigt, dann wird er sogleich mit erfolgter Uebertragung vom Tradenten an den Kommissionär Eigentümer. Nach Petri [35] ist in diesem Fall der Besitz nur Mittel zum Zweck, denn er wird übertragen zur Herbeiführung eines anderweitigen materiellen Erfolges.

Der Kausaltheorie haften die gleichen Mängel an wie der Willenstheorie, da auch hier der Eigentumsübergang extern nicht feststellbar ist, doch bedeutet sie letzterer gegenüber insofern einen Fortschritt, als sie das Willensmoment aus dem dinglichen Rechtsakt ausscheidet und diesen mehr auf objektive Merkmale gründet [36].

4. Es sei noch die hauptsächlich von der Praxis des deutschen Reichsgerichtes angewandte Konstitutstheorie erwähnt [37]. Nach dieser bedarf es zum Eigentumserwerb durch den Kommittenten eines besondern Aktes, eines Konstitutes. Es wird zur Uebertragung des Eigentums, im Gegensatz zur Willenstheorie, eine ausdrücklich in Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Willen zu übertragen deutlich kennzeichnen muss, gefordert. Durch die Er-

[33] Vgl. unten S. 36 ff. und 39 ff.

[34] Ueber die Kausaltheorie vgl. insbes. Regelsberger in Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 393.

[35] Petri, S. 374.

[36] Vgl. Petri, S. 375.

[37] Vgl. z. B. RGE. Bd. 5, 1. Bd. 63, 16.

klärung des Kommissionärs, dass er das Kommissionsgut für den Kommittenten besitzen wolle, gilt der Eigentumsübergang als vollzogen. Dieser Wille muss aber derart erklärt werden, dass auch extern der Eigentumsübergang erkannt werden kann. Als zweites Erfordernis wird das Einverständnis des Kommittenten verlangt, das aber schon mit dem Grundgeschäft als gegeben betrachtet werden darf. Deshalb erwirbt der Kommittent schon mit der Tradition an den Kommissionär Eigentum, wenn dieser einen dahingehenden Willen äussert.

In der schweizerischen Rechtsliteratur finden diese Theorien keine direkte Erwähnung. Die beiden Kommentare, Oser und Becker, scheinen sich nach den Ausführungen zu den Art. 401 und 434 auf den Boden der Willenstheorie zu stellen. Oser [38] führt aus: «Ob der Beauftragte direkt Eigentümer werde, hängt von dessen Willensmeinung beim Abschluss mit dem Drittkontrahenten ab». Dies ist also eine direkte Anerkennung der Willenstheorie. Etwas anders legt Becker diesen Willenstatbestand aus [39]. Er bestimmt diesen als eine Willensübereinstimmung von Kommissionär und Kommittent. Demgegenüber kann eingewendet werden, dass eine solche Uebereinstimmung sich nicht direkt auf den Eigentumsübergang erstrecken kann, denn der Wille des Kommittenten kann im Zeitpunkt der durch den Dritten vorgenommenen Tradition nicht ermittelt werden, da jener bei diesem Vorgang gar nicht direkt beteiligt ist. Die Willensübereinstimmung kann sich vielmehr vorerst nur auf das Grundgeschäft erstrecken, aus welchem heraus aber auch eine Uebereinstimmung in bezug auf die Eigentumsverhältnisse abgeleitet werden kann. Deshalb, wegen dieser indirekten Bezugnahme, kann diese Ansicht als eine Annäherung an die Kausaltheorie betrachtet werden.

Ausser dem Willensmoment ist nach Becker zur Regelung der Eigentumsverhältnisse subsidiär die Verkehrsauffassung herbeizuziehen. Wie die Verkehrsauffassung die Eigentumsverhältnisse regelt, soll im Verlauf dieser Abhandlung noch dargestellt werden [40]. Es sei jedoch jetzt schon festgehalten, dass der Parteiwillen mei-

---

[38] Oser, Komm. N. 3 zu Art. 401.

[39] Becker, Komm. N. 3 zu Art. 401 und N. 2 zu Art. 434.

[40] Vgl. unten S. 31.

stens mit dieser Verkehrsauffassung identisch ist, da diese einen durch fortgesetzte Uebung entstandenen Regelfall bildet. Es liegt deshalb auf der Hand, den Schluss zu ziehen, dass, wenn dieser Parteiwille nicht ermittelt werden kann, oder gar nicht vorhanden ist, die Verkehrsauffassung gelten solle. Es muss daher auch, wenn die von den Parteien getroffene Verabredung eine von der Verkehrsauffassung abweichende ist, diese so geäussert werden, dass keine Zweifel über ihren Inhalt herrschen können.

Es ist offensichtlich, dass sich bis jetzt weder durch die Auslegung des Willensmomentes noch der Verkehrsauffassung ein Weg zu einer generellen, eindeutigen Regelung der Eigentumsverhältnisse gezeigt hat. Theorie und Praxis versuchen daher immer wieder, diese Lücke auszufüllen. Es sind deshalb die verschiedenen Kriterien, die zur Regelung dieser Eigentumsverhältnisse herbeigezogen werden, im Folgenden kasuistisch darzustellen. Zum vorneherein ist jedoch eine Lösung abzulehnen, wie sie z. B. Weidmann getroffen hat. Diese längere Zeit den Kommissionshandel beherrschende Lehre will einen Eigentumsübergang an den Kommissionär als generelle Regelung anerkennen [41]. Seine Lehre geht aber hauptsächlich darin fehl, dass sie die dinglichen nicht von den obligatorischen Verhältnissen trennt: Da der Kommissionär aus dem Ausführungsgeschäft zunächst allein berechtigt und verpflichtet ist, kommen ihm nach dieser Lehre vorerst auch allein die dinglichen Rechte aus dem Ausführungsgeschäfte zu. Gegenüber dem Kommittenten hat er eine blosse Herausgabepflicht des Kommissionsgutes, da er ja auf dessen Rechnung den Kaufvertrag abgeschlossen hat.

II. Der Parteiwille als Kriterium zur Bestimmung der Eigentumsverhältnisse.

Die beiden Kommentare Oser und Becker nennen den Parteiwillen als massgebend für die Bestimmung der Eigentumsverhältnisse, verstehen jedoch darunter nur die verschiedenen Willensrichtungen von Kommissionär und Kommittent. Bevor aber überhaupt einer von beiden Eigentümer werden kann, benötigt es den entsprechenden Uebertragungswillen des Drittkontrahenten.

[41] Weidmann, S. 136 ff.

Dieser Uebertragungswillen des Dritten wird aber durch die beiden Kommentare gar nicht erwähnt, weshalb angenommen werden muss, dass er stillschweigend vorausgesetzt und mit dem Willen der beiden andern Kontrahenten als übereinstimmend gedacht werde. Mit dieser Ansicht können wir nicht einig gehen, da beim Kommissionsgeschäft auch der Wille des Tradenten ein wichtiges Moment zur Bestimmung der Eigentumsverhältnisse bildet.

Bei Vertragsabschluss mit dem Dritten muss auf beiden Seiten, also auf der Seite von Kommissionär-Kommittent und auf der Seite des Dritten, die Absicht, wie die Eigentumsverhältnisse zu regeln seien, gebildet sein. Auf Seiten des Kommissionärs kann sich diese Willensbildung auf folgende Arten ergeben: Unschwer lässt sich dieser Wille ermitteln, wenn er Gegenstand einer Vereinbarung zwischen Kommittent und Kommissionär bildet. Es gibt aber auch Tatbestände, bei denen nur ein Kontrahent diesen Willen äussert. Wenn bei dieser Rechtslage kein gegenteiliges Handeln des andern Kontrahenten vorliegt, kann dessen stillschweigende Uebereinstimmung angenommen werden. Ferner kann es oft vorkommen, dass die Absicht, wie die Eigentumsverhältnisse zu regeln seien, von keiner Partei geäussert wird. Um bei diesem Tatbestand zu einer Lösung zu gelangen, muss zunächst immer versucht werden, eine derartige Absicht aus dem konkludenten Verhalten der Parteien zu ermitteln. Ein solches konkludentes Verhalten liegt z. B. bei einer Aussonderung des Kommissionsgutes aus dem Vermögen des Kommissionärs vor, in welchem Falle angenommen wird, dass der Kommissionär durch diese Handlung seinen Willen, das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehen zu lassen, bezeuge. Kann aber auch aus konkludentem Verhalten nicht geschlossen werden, wie die Eigentumsverhältnisse zu regeln seien, dann kann angenommen werden, dass nach dem Willen der Parteien der Regelung dieses Punktes nicht die Bedeutung eines wesentlichen Merkmales zukommen solle. Es muss daher zu dieser Regelung eine subsidiäre Norm herbeigezogen werden. Eine solche Norm hat die Praxis in der «Verkehrsauffassung» gefunden. Diese vermutet den Normalfall, das heisst denjenigen Tatbestand, der in der Praxis am häufigsten vorkommt, und wie ihn auch die Parteien in der Regel ordnen: Vorläufiges Eigentum des Kommissionärs.

Dieser Eigentumserwerb des Kommissionärs lässt sich auch aus dem Grundverhältnis ableiten: Da der Kommissionär nach dem Grundgeschäft berechtigt ist, Geschäfte in eigenem Namen abzuschliessen und daher auch selbst berechtigt und verpflichtet wird, ist auch anzunehmen, dass er im Zweifel Eigentümer werde [42].

Dieser Willensrichtung von Kommittent und Kommissionär tritt bei Abschluss des Ausführungsgeschäftes der Wille des Dritten gegenüber. Es liegt in der Struktur des Kommissionsverhältnisses, dass der Kommittent beim Abschluss mit dem Dritten zurücktreten muss, doch soll sein Geschäftswille notwendigerweise mit demjenigen des Kommissionärs übereinstimmen, da er ja von diesem vertreten wird. Um deshalb mit einem Dritten einen gültigen Vertragsschluss erzielen zu können, muss auch in bezug auf die Eigentumsverhältnisse Uebereinstimmung zwischen Kommissionär und Kommittent herrschen, denn nur dann kann diesem geeinten Willen der entsprechende Traditionswille des Dritten gegenüber treten. Zum Eigentumsübergang gehört daher auf der Seite des Kommissionärs — natürlich immer unter der Voraussetzung, dass der Kommittent keinen gegenteiligen Willen geäussert hat —, die Absicht, Eigentum für sich oder den Kommittenten zu erwerben, oder auch der blosse Wille, nur Eigentum zu erwerben, ohne sich dabei Rechenschaft zu geben, für wen dies geschehen solle. Dieser Willensrichtung steht die Absicht des Tradenten, Eigentum zu übertragen, gegenüber. Bei der Festlegung des Uebertragungswillens des Dritten ist von denjenigen Fällen abzusehen, bei denen die Willensrichtung des Tradenten derjenigen der Gegenpartei entgegengesetzt ist, denn dann kommt gar keine rechtsgültige Uebertragung zustande [43]. Es kann daher der Uebertragungswille des Tradenten auf folgende Arten geäussert werden [44].

1. Kein rechtliches Problem ergibt sich, wenn der Dritte den bestimmten Willen äussert, das Eigentum an den Kommissionär zu übertragen. Dieser seiner Absicht muss zur gültigen Tradition

---

[42] Vgl. darüber die im allgemeinen übereinstimmenden Ausführungen von Weidmann, S. 337 ff. und Langen, S. 35.

[43] Langen, S. 37 ff. ergibt sich darüber in längeren Ausführungen, ohne aber ein anderes Resultat zu erhalten.

[44] Vgl. Grünhut, S. 428 ff. Ferner Langen, S. 37.

der entsprechende Wille von Kommissionär und Kommittent gegenübertreten, oder es sei denn, dass die Verkehrsauffassung, wenn dieser von der Gegenpartei überhaupt nicht geäussert wird, ihn vermutet.

2. Eine zweite Möglichkeit bietet sich dem Tradenten in einer Uebertragung: «An den, den es angeht» [45]. Dabei muss es dem Tradenten bekannt sein, dass es sich auf der Gegenseite um ein Vertretungsverhältnis handelt, denn sonst wäre eine solche Uebertragung begrifflich ausgeschlossen. Sie ist aber auch ausgeschlossen, wenn der Kommissionär zunächst für sich Eigentum erwerben will. Eine solche Uebertragung kann daher nur angenommen werden, wenn entweder der Kommissionär überhaupt keinen Willen in bezug auf die Eigentumsverhältnisse äussert, oder wenn er ebenfalls den Kommittenten direkt Eigentümer werden lassen will. Bei dieser Uebertragung ist für den Tradenten der neue Eigentümer unbekannt, d. h. subjektiv unbestimmt [46]; dagegen ist ihm bekannt, dass der Kommissionär für einen Auftraggeber handelt, weshalb der neue Eigentümer objektiv bestimmt [46] ist. Daher kann angenommen werden, dass der Tradent das Eigentum bei dieser Uebertragungsart direkt an den für ihn unbekannten, jedoch objektiv bestimmten Kommittenten übertragen wolle. Es kann daher keine eigentliche Uebertragung «an den, den es angeht» vorliegen, wenn dem Dritten die Person des Kommittenten bekannt ist, denn dadurch wird dieser auch subjektiv bestimmt. Letzterer Tatbestand dürfte jedoch in der Praxis ziemlich selten sein, da gerade darin das Charakteristikum des Kommissionsverhältnisses liegt, dass sich der Kommittent und der Dritte nicht kennen.

3. Weit mehr findet sich hingegen eine dritte Möglichkeit, bei welcher der Tradent überhaupt keinen bestimmten Willen, eine individuelle Person zum Eigentümer zu machen, äussert. Es lässt sich vielmehr nur der blosse Wille feststellen, sich des Eigentums gemäss den Bestimmungen des Kaufvertrages zu entäussern. Dem Tradenten ist es dabei gleichgültig, wer nach ihm Eigentümer werde, und es ist daher auch nicht die Kenntnis, dass es sich auf Seiten des Gegenkontrahenten um ein Vertretungsverhältnis handle, er-

[45] Vgl. Guhl, Lb. I, S. 78.
[46] Vgl. BGE. Bd. 60. II. S. 492.

forderlich. Dem Tradenten ist es, wie Langen [47] treffend sich ausdrückt, «nicht um die Person des Gegenkontrahenten als solcher, sondern vielmehr um die Erzielung des erhofften Gewinnes zu tun.» Wenn der Tradent seine Leistung durch Hingabe der Ware an den Gegenkontrahenten erfüllt hat, und wenn er seine Gegenleistung oder genügend Sicherheitsleistung dafür erhalten hat, dann kann ihm die Ware, und insbesondere ihr rechtliches Schicksal, gleichgültig sein. In dieser Desinteressierung am rechtlichen Schicksal der Ware kann aber auch eine stillschweigende Zustimmung zu der von der Gegenseite getroffenen Regelung der Eigentumsverhältnisse erblickt werden. Daher kann bei diesem Tatbestande angenommen werden, dass der durch die Willensübereinstimmung von Kommittent und Kommissionär eingesetzte Eigentümer, indirekt auch mit dem Willen des Tradenten Eigentümer werde. Unterlässt es jedoch auch die Gegenseite, die Eigentumsverhältnisse zu bestimmen, wenn also keines der drei beteiligten Subjekte einen Willen bezüglich der Eigentumsverhältnisse äussert, dann lässt auch hier die Verkehrsauffassung Eigentum des Kommissionärs vermuten [48]. Diese Vermutung bildet, wie oben gezeigt wurde, nicht nur vom Standpunkt der Gegenpartei aus die gegebenste Lösung, sondern kann auch für den Tradenten als am naheliegendsten bezeichnet werden, denn letzterer kennt meist nur den in eigenem Namen auftretenden Kommissionär, gegen welchen allein ihm der obligatorische Anspruch zusteht, den er gegen Aufgabe des Eigentums erworben hat.

Zusammenfassend ergibt sich vorerst [49] folgendes Untersuchungsresultat über das Moment der Fremdheit beim Kommissionsgut bei der Einkaufskommission: Grundsätzlich erwirbt der Kommissionär am Kommissionsgut Eigentum, jedoch wird dieses in ganz bestimmten Fällen für den Kommissionär eine f r e m d e S a c h e :

1. Wenn die Willensrichtung mehrerer oder auch nur eines der beteiligten Rechtssubjekte (Kommissionär, Kom-

---

[47] Langen, S. 26.

[48] Vgl. ZBJV. Bd. 43, S. 275.

[49] Ueber die besondern, bei einer Vermengung von vertretbaren Sachen entstehenden Verhältnissen vgl. unten S. 44 ff.

mittent, Dritter) auf Eigentumserwerb des Kommittenten geht und keine gegenteilige Willensabsicht durch eines der andern Subjekte geäussert wird [50].

2. Eine solche Willensäusserung kann schon im Grundverhältnis enthalten sein.

3. Auch eine Uebertragung des Dritten, «an den, den es angeht», ist eine solche Willensäusserung und bewirkt Eigentum des Kommittenten.

Trifft keiner der obigen drei Punkte zu, dann ist eine Unterschlagung am Kommissionsgut bis zu seiner Uebertragung an den Kommittenten ausgeschlossen, da das Tatbestandsmerkmal der fremden Sache fehlt.

III. Unterscheidung zwischen Spezies- und Genussache zwecks Regelung der Eigentumsverhältnisse.

Grünhut [51] behauptet, dass eine Speziessache im Zweifel immer unmittelbar mit der Tradition Eigentum des Kommittenten werde. Diese subsidiäre Regelung gilt demnach nur, wenn diesem Eigentumserwerb kein entgegengesetzter Wille gegenübersteht und aus den Umständen nicht erkannt werden kann, dass die beteiligten Rechtssubjekte schon eine andere Regelung der Eigentumsverhältnisse getroffen haben. Grünhut begründet seine Ansicht damit, dass der redliche Kommissionär, der das Interesse des Kommittenten vor Augen habe, schon von Anfang an den Willen haben müsse, für letzteren Eigentum zu erwerben. Es sei deshalb ein Gebot der «bona fides», dass der Kommissionär das in ihn gesetzte Vertrauen rechtfertige und den Kommittenten direkt Eigentümer werden lasse. Warum dies nur bei einer Speziessache so sein müsse, dafür bleibt Grünhut eine nähere Begründung schuldig.

Diese Ansicht Grünhuts wurde überall abgelehnt. Namentlich Weidmann [52] vertritt einen gegenteiligen Standpunkt. Eine solche Regelung der Eigentumsverhältnisse im Sinne Grünhuts wäre bei

---

[50] Vgl. dazu ein Urteil des Sol. Oberger. in RB. 1925 N. 26.

[51] Grünhut, S. 431 ff.

[52] Weidmann, S. 140 ff.

einem Kommissionsvertrag, bei dem die Spezies schon durch das Grundverhältnis bestimmt wird und bei welchem daher der Auftrag auf Einkauf einer ganz bestimmten Sache lauten würde, an und für sich möglich. Wenn aber die Spezies erst durch den Kommissionär bestimmt wird, was die Regel bildet, dann ist eine solche Lösung abzulehnen.

Wenn man diese Lehre konsequent anwenden würde, dann müsste man, wie Langen [53] feststellt, auch bei einer Genussache direkten Eigentumserwerb des Kommittenten annehmen, denn wenn ein Auftrag auf Ankauf einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen lautet, dann wird diese Ware durch die Uebergabe an den Kommissionär individualisiert und muss daher als Spezies behandelt werden.

Es ist daher eine Unterscheidung von Spezies- und Genussache zur Regelung der Eigentumsverhältnisse abzulehnen, da eine verschiedene Behandlung dieser beiden Arten unbegründet ist und da eine solche Trennung beim Kommissionsvertrag in der Praxis nicht gut durchführbar ist [54].

IV. Der Versuch einer Regelung der Eigentumsverhältnisse durch Art. 401 OR.

Die Praxis hat es immer wieder versucht, an Stelle der vom Willen der Parteien abhängigen verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Eigentumsverhältnisse, eine generelle, einheitliche Regelung zu setzen. Dies wurde auch mit Hilfe des Art. 401 OR. versucht, welcher Artikel zwar dem Auftragsrecht angehört, aber gleichwohl auf das Kommissionsrecht angewendet werden kann, da nach Art. 425 die Bestimmungen des Auftragsrechtes subsidiäre Anwendung auf das Kommissionsverhältnis finden. Gerade Art. 401 scheint speziell dem Kommissionsverhältnis angepasst zu sein.

Art. 401 Abs. 3 gibt dem Auftraggeber, also dem Kommittenten das Recht, die beweglichen Sachen, die der Beauftragte, resp. der Kommissionär, in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Auftrag-

---

[53] Langen, S. 36.

[54] Vgl. dazu Gleispach, S. 155 ff, der ebenfalls eine ablehnende Stellung bezieht.

gebers zu Eigentum erlangt hat, im Konkurse des Kommissionärs herauszuverlangen. Durch diese Bestimmung wird, wie Klee [55] sich ausdrückt, «die wirtschaftliche Notwendigkeit, das Handeln für fremde Rechnung, über die rechtliche Konstruktion des Handelns in eigenem Namen gestellt.»

Aus obiger Gesetzesbestimmung können die verschiedensten Schlüsse bezüglich der Eigentumsverhältnisse gezogen werden. In der Rechtsliteratur lassen sich drei hauptsächliche Methoden feststellen, welche die Eigentumsverhältnisse nach diesem Artikel zu regeln versuchen [56]:

1. Nach der ersten Lehrmeinung erhält der Kommittent direkt Eigentum am Kommissionsgut und ist deshalb im Konkurse des Kommissionärs aussonderungsberechtigt. Letzterer hat bloss ein Retentionsrecht für seine Ansprüche aus dem Kommissionsverhältnis. Eine solche Auslegung widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut von Art. 401, Abs. 3, denn dieser lässt den Auftraggeber im Konkurse des Kommissionärs die beweglichen Sachen herausverlangen, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat [57]. Auch scheint es überflüssig, dem Kommittenten ein spezielles Vindikationsrecht zuerkennen zu wollen, wenn er schon Eigentümer ist, da er in diesem Falle ohnedies schon ein gesetzliches Aussonderungsrecht hat.

2. Nach einer zweiten Ansicht wird der Kommissionär Eigentümer. Der Kommittent erhält nur im Konkursfalle des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht. Dieser Auslegungsart folgt zu einem grossen Teile die schweizerische Gerichtspraxis [58]. V. Meli [59], der in der an diese Urteile anschliessenden Diskussion den Standpunkt dieser Praxis vertritt, kommt nach eingehenden Erörterungen zum Schluss, dass dem Kommittenten für den Sonderfall des Konkurses das Recht auf Aussonderung gleich einem wirklichen Eigentümer gegeben werden müsse. Da er nicht Eigentümer sei,

[55] Klee, S. 53.

[56] Vgl. dazu insbes. Weidmann, S. 144 ff.

[57] Uebereinstimmend V. Meli in SJZ. Bd. 21, S. 37.

[58] Vgl. Zch. Oberger. vom 21. 3. 1922, dem weitere Urteile folgen, so ein Urteil vom 5. 6. 1928. Vgl. ferner Bl. ZR. Bd. 21. N. 110, Bd. 28. N. 33.

[59] Meli, in SJZ. Bd. 21, S. 37.

müsse man ihm, um ihn im Konkurse des Kommissionärs zu schützen, ein «spezielles Eigentümerrecht» verleihen. Es könne sich dabei aber um keinen gewöhnlichen Vindikationsanspruch handeln, sondern um ein speziell für diesen Tatbestand geschaffenes Aussonderungsrecht, denn sonst müsste Eigentum des Kommittenten vorliegen [60].

3. Eine dritte Auslegungsart gibt dem Kommissionär Eigentum, welches jedoch an den Kommittenten übergeht, sobald letzterer seinen Verpflichtungen aus dem Kommissionsverhältnis nachgekommen ist. Demgegenüber kann eingewendet werden [61], dass Art. 401 nicht bestimme, dass der Auftraggeber nach der Befriedigung des Beauftragten selber Eigentümer werde, sondern das Gesetz bestimme lediglich nur, dass der Auftraggeber die beweglichen Sachen im Konkurse des Beauftragten herausverlangen könne. Diese Lösung berücksichtigt auch in keiner Weise den zur Eigentumsübertragung an den Kommittenten erforderlichen Traditionswillen des Kommissionärs. Die erforderliche Willensäusserung kann man nicht in einem blossen Stillschweigen des Kommissionärs bei Empfang der ihm vom Kommittenten geschuldeten Leistungen erblicken. Es würde auch nach dieser Lösung ein Kommittent, der schon bei Vornahme des Ausführungsgeschäftes seinen Verpflichtungen gegenüber dem Kommissionär nachgekommen ist, direkt mit der Tradition an den Kommissionär Eigentümer werden, was sich aber nicht immer mit dem Willen des Dritten vereinbaren lassen würde.

Diese drei verschiedenen Theorien führen zu keiner Lösung, einzig der an zweiter Stelle angeführten Ansicht lässt sich eine gewisse praktische Bedeutung nicht absprechen. Wohl stimmt es, dass Art. 401, Abs. 3, für die Fälle, in denen der Kommittent nicht Eigentümer wird, diesem zu seinem Schutz ein besonderes Vindikationsrecht im Konkurse des Kommissionärs einräumt, doch ist es falsch, daraus zu folgern, dass der Kommissionär immer Eigentümer sein müsse. Die Eigentumsverhältnisse dürfen daher nicht nach dem speziellen Tatbestand des Art. 401, Abs. 3, der nur für den besondern Fall des Konkurses aufgestellt ist, geregelt werden,

[60] A. A. Reichstein in SJZ. Bd. 20, S. 219.

[61] So auch Oser, Kom. zu Art. 401, N. 3.

denn für diese sind, wie gezeigt wurde, ganz andere Momente massgebend. Die dinglichen Rechte sollen nicht geformt werden, um den Ansprüchen des Konkursrechtes zu genügen, sondern letzteres soll sich den Erfordernissen des dinglichen Rechtes anpassen.

Es ist daher unter der Bestimmung des Art. 401, Abs. 3, ein besonderes Aussonderungsrecht des Kommittenten zu verstehen, das ihm aber nur dann zukommen soll, wenn er es benötigt, d. h. wenn er nicht Eigentümer ist, sondern der Kommissionär [62]. Für den Tatbestand jedoch, wo der Kommittent direkt Eigentum erwirbt, ist dieser Artikel nicht aufgestellt, da dann der Kommittent als Eigentümer ohnehin ein Vindikationsrecht hat und dieses keiner speziellen Regelung mehr bedarf. Eine Herbeiziehung dieses Artikels zur Regelung der Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsgeschäft ist daher a b z u l e h n e n.

V. Der Versuch einer Regelung der Eigentumsverhältnisse durch Art. 434 OR.

Wie bei Art. 401, versucht es die Praxis auch aus diesem Artikel Schlüsse über die Regelung der Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsvertrag zu ziehen. Art. 434 gibt dem Kommissionär ein Retentionsrecht am Kommissionsgut wie auch am Erlös. Der Kommentar Becker unterscheidet darunter zwei verschiedene Institute [63].

Bei Eigentum des Kommittenten handelt es sich um ein e i g e n t l i c h e s R e t e n t i o n s r e c h t an fremder Sache im Sinne von Art. 895 ff. ZGB., welches der Kommissionär unter ganz bestimmten Voraussetzungen geltend machen kann.

Aber auch bei Eigentum des Kommissionärs kann ein Retentionsrecht geltend gemacht werden. Es handelt sich dann um ein sog. Z u r ü c k b e h a l t u n g s r e c h t a n e i g e n e r S a c h e nach Art. 82 OR. (exceptio non adimpleti contractus) und kann vom Kommissionär zur Anwendung gebracht werden, wenn der Kommittent ihm gegenüber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist.

---

[62] Vgl. dazu Guhl, Lb. I, S. 217 und die dort angeführten Entscheide.

[63] Uebereinstimmend, Brander S. 70. Wieland, Komm. zu Art. 895 ZGB. will dagegen ein besonderes Retentionsrecht des Kommissionärs anerkennen.

Da es das Gesetz unterlässt, zu bestimmen, welches dieser beiden Retentionsrechte Art. 434 bezeichnen wolle, muss mit Becker angenommen werden, dass dieser Artikel beide Rechtsinstitute bezeichnen wolle und daher auf verschiedene Eigentumsverhältnisse Anwendung finden solle. Es ist deshalb ebenso unrichtig, wie bei Art. 401 zu versuchen, aus diesem Artikel eine Lösung für die Eigentumsverhältnisse beim Kommissionsgeschäft zu finden. Bestehende Rechtsverhältnisse dürfen nicht abgeändert werden, nur um eine bessere rechtliche Konstruktion einer Retention zu erhalten.

Es ist daher eine Lösung, wie sie z. B. ein Urteil des thurgauischen Obergerichts getroffen hat, abzulehnen [64]. Nach diesem Urteil lässt sich auch Art. 434 «unschwer» ableiten, dass der Kommissionär nicht Eigentümer am Verkaufserlös werde: Es weise nichts darauf hin, dass der Gesetzgeber unter dem Retentionsrecht, wenn es sich um das Kommissionsgut handle, ein Recht an fremder, wenn es sich aber um den Verkaufserlös handle, ein Recht an eigener Sache verstehe. Wohl stimmt diese Behauptung, doch kann daraus kein zwingender Schluss auf das Gegenteil gezogen werden und nicht gefolgert werden, dass am Kommissionsgut immer Eigentum des Kommissionärs angenommen werden müsse und am Verkaufserlös ein solches des Kommittenten. In der Urteilsmotivierung wird die Unlogik dieses Schlusses indirekt zugegeben, wenn gesagt wird, dass diese Regelung auch aus «praktischen Gründen» so getroffen worden sei.

Aber auch eine generelle Regelung, wie sie Oser in seinem Kommentar aufgestellt hat, kann nicht anerkannt werden. Dieser will ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 ZGB. nur gelten lassen für die vom Kommittenten dem Kommissionär übergebene Ware. Für das eingekaufte Kommissionsgut und den Verkaufserlös will er nur ein Zurückbehaltungsrecht an eigener Sache anerkennen. Demnach könnte also das Kommissionsgut nie direkt in das Eigentum des Kommittenten übergehen.

---

[64] Vgl. Kassationsurteil vom 8. 7. 1922 und ein Obergerichtsurteil vom 13. 12. 1923. Vgl. ferner dazu SJZ. Bd. 21, S. 111. Eine ähnliche Motivierung findet sich schon 1905 bei einem solothurnischen Obergerichtsurteil. Vgl. RB. 1905, N. 39.

Wie Oser anerkennt eine vom zürcherischen Obergericht [65] eingeschlagene Praxis grundsätzlich Eigentum des Kommissionärs. Motiviert werden diese Urteile dadurch, dass Art. 434 nicht mehr wie das alte OR. (Art. 442) einen Hinweis auf Art. 895 ZGB. enthalte, und dass daher der Gesetzgeber nicht mehr dem Kommittenten direkt Eigentum verschaffen wolle, sondern unter dem Retentionsrecht dieses Artikels nur noch ein Zurückbehaltungsrecht an eigener Sache anerkenne. Wohl wurde dieser Hinweis vom Gesetzgeber im revidierten OR. gestrichen, aber nicht um eine Anwendung von ZGB. Art. 895 auf das Kommissionsverhältnis zu verunmöglichen, sondern um neben diesem Retentionsrecht auch ein solches nach Art. 82 OR. zuzulassen. Wie die Kritik dieser Urteile zutreffend bemerkt, wäre bei Eigentum des Kommissionärs ein solches Retentionsrecht gar nicht nötig, da dieser ohnedies von Art. 82 OR. und vom Verrechnungsrecht gegenüber dem Kommittenten Gebrauch machen kann [66].

Es kann also daraus gefolgert werden, dass Art. 434 OR. auch eine Verwendung von Art. 895 ZGB. zulassen will. Eine Anwendung von Art. 434 zur Bestimmung des Eigentums beim Kommissionsverhältnis ist daher zu verneinen.

VI. Der Uebergang des Eigentums am Kommissionsgut vom Kommissionär an den Kommittenten.

Das Kommissionsgut bedarf, wenn es zunächst Eigentum des Kommissionärs geworden ist, eines weiteren Uebertragungsaktes, damit der Kommittent Eigentümer werden kann, denn diese letztere Eigentumserlangung ist das engültige Ziel des Kommissionsvertrages. Bis zu dieser zweiten Eigentumsübertragung hat der Kommittent

---

[65] Obergerichtsentscheid vom 12. 12. 22. Kassationsurteil vom 16. 4. 23. Vgl. ferner SJZ. Bd. 20, S. 135. Diese Urteile bilden eine neue Praxis der zch. Rechtssprechung, der auch Urteile anderer Kantone folgen. Vgl. dazu einen aargauischen Entscheid in SJZ. Bd. 21. S. 44. Ferner sol. RB. 1924 N. 24.

[66] Vgl. dazu V. Meli in SJZ. Bd. 21, S. 37. — Gerade das Gegenteil dieser Rechtssprechung behauptet Reichstein in SJZ. Bd. 20, S. 219. Nach seiner Kritik hat der Kommissionär nur ein Retentionsrecht an fremder Sache, da das Gesetz nur von einem Retentionsrecht spreche, nicht aber von einem Zurückhaltungsrecht an eigener Sache.

nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe und es kann sich auch der Kommissionär bis dahin noch keine Unterschlagung zu Schulden kommen lassen, da das Kommissionsgut, obschon es für ihn eine wirtschaftliche fremde Sache ist, rechtlich doch eine eigene Sache bleibt.

Dieser Eigentumsübergang erfolgt entweder durch Tradition der Sache, über welch rein dinglichen Rechtsakt es keiner weiteren Ausführungen bedarf. Oft erfolgt dieser Uebergang auch unter der Form eines constitutum possessorium. In letzterem Fall, wo nur das Eigentum, nicht aber der Besitz gewechselt wird, ist es daher erforderlich, dass der Uebertragungswille, durch welchen der Eigentumsübergang bedingt ist, erkannt werde. So genügt nach Weidmann, als solche Willensbezeugung schon ein blosses Ausscheiden des Kommissionsgutes aus dem übrigen Eigentum des Kommissionärs verbunden mit dem Willen, daran nicht mehr Eigentümer zu sein [67]. Diese Wirkung kann auch schon einer Ausführungsanzeige an den Kommittenten oder dem Zuschicken des Nummernverzeichnisses beim Einkauf von Wertpapieren zugeschrieben werden [68].

Zeigen sich keine solchen Anhaltspunkte, dann darf nicht etwa, wie schon dargelegt wurde, aus Art. 401 OR. ein Eigentumsübergang mit der Erfüllung aller Verbindlichkeiten durch den Kommittenten abgeleitet werden [69]. Im allgemeinen wird sich der vorsichtige Kommissionär zwar hüten, einen Eigentumsübergang vor Erfüllung aller Verpflichtungen durch den Kommittenten zu ermöglichen. Umgekehrt wird sich auch der Kommittent hüten, das Eigentum länger als nötig beim Kommissionär zu belassen, denn dies ist für ihn immer ein gewisses Risiko. Es ist daher, wenn dieser Uebergangswille nicht ermittelt werden kann und sich auch aus früheren Parteiabreden keine Anhaltspunkte ergeben, ein Eigentumsübergang erst mit erfolgter Tradition anzunehmen. Wohl wird vielfach nach dem Willen der Parteien, denn dies ist für beide Seiten am naheliegendsten, der Eigentumsübergang im Zeitpunkt der Erfüllung durch den Kommittenten vollzogen. Es kann aber immer

[67] Weidmann, S. 140.

[68] Vgl. Weidmann, S. 142, Pestalozzi, S. 106, Wieland, Komm. Anm. 2 zu Art. 717 ZGB.

[69] A. A. Brander, S. 72.

eine andere Regelung getroffen werden und es darf deshalb dieser Uebergang nicht als zwingende Lösung anerkannt werden. Namentlich wird ein Eigentumsübergang oft schon vor Erfüllung durch den Kommittenten verabredet, da dieser im Kommissionsverhältnis meistens der wirtschaftlich Stärkere ist.

f) Das Eigentum an dem vom Kommissionär aus dem Kommissionsverhältnis erlangten Gelde [70]

Auch hier ist zwischen Einkaufs- und Verkaufskommission zu trennen. Bei der Einkaufskommission kann einerseits unterschieden werden zwischen Geldbeträgen, die dem Kommissionär vom Kommittenten zu einem speziellen Zweck übergeben werden, so z. B. für Frachtspesen, Zölle und für gewisse, zum Ausführungsgeschäft notwendige Vorbereitungshandlungen. Diese Beträge werden immer Eigentum des Kommissionärs [71]. Kommt das Ausführungsgeschäft nicht zu Stande, dann hat der Kommittent ein bloss obligatorisches Recht auf Rückgabe dieser Beträge. Andererseits kann der Kommittent dem Kommissionär die «Kommissionssumme» resp. den Geldbetrag, den letzterer für das Ausführungsgeschäft benötigt, vorstrecken. Da sich diese Geldsumme mit dem Vermögen des Kommissionärs vermengt, muss auch in diesem Fall Eigentumserlangung des Kommissionärs angenommen werden [72]. Durch Parteiabrede ist jedoch eine andere Regelung möglich, allerdings muss dann der überreichte Geldbetrag, damit er nicht vermengt werden kann, gesondert aufbewahrt werden oder auf andere Art individualisiert werden (z. B. versiegelt).

Das gleiche gilt für den Verkaufserlös, denn auch dieser wird ordentlicherweise durch Vermengung Eigentum des Kommissionärs. Ein direkter Eigentumsübergang an den Kommittenten ist da-

---

[70] Es erübrigt sich eine ausführliche Behandlung dieses Kapitels, da einerseits die über die Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut gemachten Ausführungen analog angewandt werden können und da sie anderseits für das neue Strafrecht keine Bedeutung mehr haben, da dort die Veruntreuung von Geld kein Problem mehr bildet.

[71] Vgl. Grünhut, S. 310.

[72] Vgl. Grünhut, S. 311, Weidmann, S. 135, Klee, S. 42. — A. A. Staub, Komm. Anm. 32 zu § 383.

gegen möglich, wenn der Verkaufserlös vom Vermögen des Kommissionärs getrennt gehalten oder sonstwie individualisiert wird, denn dadurch bezeugt der Kommissionär seinen Willen, daran nicht Eigentum zu erwerben. Dazu kann er entweder auf Grund vertraglicher Abmachungen mit dem Kommittenten verpflichtet sein, oder er kann diese Handlung auch von sich aus vornehmen oder sei es, dass der Dritte ausdrücklich erklärt hat, das Eigentum an den Kommittenten übertragen zu wollen. Es richtet sich daher die Frage, ob das Eigentum direkt an den Kommittenten übergehe, auch hier wie beim Kommissionsgut nach dem Parteiwillen, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann [73]. Allerdings wird es wesentlich seltener vorkommen als bei der Einkaufskommission, dass der Dritte den Willen hat, das Eigentum direkt dem Kommittenten oder dem, «den es angeht», zu übertragen, denn für ihn ist das Kommissionsverhältnis viel schwerer zu erkennen als bei der Einkaufskommission und es mag ihm dabei auch gleichgültig sein, was mit dem Verkaufspreis geschieht, denn für ihn ist nur wesentlich, dass er seine Ware erhält. Für die besondern, beim Unterschlagungstatbestand durch die Vermengung sich ergebenden Verhältnisse sei auf den folgenden Abschnitt verwiesen.

g) Die besondere Rechtslage bei einer Vermengung durch den Kommissionär

Von der Vermengung ist die Verbindung und die Vermischung im Sinne von Art. 727 ZGB. scharf zu trennen. Bei der Vermengung können die vermengten Stücke wohl ausgeschieden, nicht aber unterschieden werden. Bei der Verbindung oder Vermischung kann hingegen nicht ausgeschieden werden, sei es wegen der hohen Kosten oder da dies faktisch überhaupt nicht möglich ist. Für diese beiden Tatbestände sei auf die Grundsätze des Art. 727 ZGB. verwiesen. Auf die Vermengung jedoch kann dieser Artikel nicht bezogen werden, denn es entsteht bei ihr keine neue Sache, wie es der Tatbestand von Art. 727 erfordert [74]. Bei der Vermengung hingegen ist eine Ausscheidung immer möglich, doch lässt sich das Eigentum an den vermengten Sachen nicht ermitteln.

---

[73] Vgl. insbes. S. 30 ff.

[74] Vgl. Wieland, Komm. N. 1 zu Art. 727, Leemann, Komm. N. 4 zu Art. 727.

Es ist zu unterscheiden zwischen einer Vermengung von Geld und von gewöhnlichen vertretbaren Sachen. Für Geld gilt immer noch die Regel des gemeinen Rechtes, nach welcher der Vermengende Eigentümer wird, in unserem konkreten Falle also der Kommissionär [75]. Wenn der Kommissionär nach dem Grundverhältnis verpflichtet ist, die empfangene Geldsumme getrennt aufzubewahren, dann begeht er durch ihre Vermengung mit dem eigenen Geld eine nach dem objektiven Tatbestand rechtswidrige Aneignungshandlung. Ist aus dem Kommissionsverhältnis keine solche Verpflichtung, das Geld nicht zu vermengen, ersichtlich, dann hat der Kommissionär das Recht, die empfangene Geldsumme mit dem eigenen Vermögen zu vermengen und daran Eigentümer zu werden, was auch von der Praxis bejaht wird [76]. Er muss dabei nur immer in der Lage sein, ebensoviel wie das Empfangene herauszugeben. Kann er dies nicht, dann ist von der subjektiven Seite des Tatbestandes aus zu beurteilen, ob er in der dolosen Absicht, das Empfangene nicht mehr herauszugeben, dieses vermengt habe.

Bei einer Vermengung gewöhnlicher vertretbarer Sachen entsteht entweder Alleineigentum oder Miteigentum des Kommissionärs. Miteigentum ist immer dann anzunehmen, wenn die Gesamtheit der vermengten Sachen bestimmt ist und die verschiedenen Quoten bekannt sind. Hier besteht rechtlich kein Problem, denn eine Unterschlagung durch den Kommissionär an dem ihm ideell fremden Quotenanteil ist möglich, was auch von der Praxis anerkannt wird [77].

Alleineigentum des Vermengenden entsteht dann, wenn die verschiedenen Quoten unbestimmt sind. Dies dürfte im speziellen Falle der Kommission sehr selten sein oder praktisch überhaupt nicht vorkommen. Deshalb ist bei der Vermengung einer gewöhnlichen vertretbaren Sache das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit gegeben, da Entstehung von Miteigentum anzunehmen ist und

---

[75] Vgl. Wieland, Komm. N. 6 zu Art. 727, Leemann, Komm. N. 19 zu Art. 727, Zingg, S. 66, BGE. Bd. 47. II S. 267.

[76] ZBJV. Bd. 43, S. 275, Bd. 60, S. 508.

[77] Vgl. Zingg, S. 69, ferner SJZ. Bd. 20, S. 219.

sich der Kommissionär bei der Aneignung der ihm fremden Quote eine fremde Sache aneignet [78].

h) Das Moment der fremden Sache bei Selbsteintritt

Auf zwei verschiedene Arten kann der Selbsteintritt bei der Untersuchung der Aneignungshandlungen des Kommissionärs strafrechtlich von Bedeutung sein. Zunächst ist festzustellen, ob das Requisit der fremden Sache bei einem sog. »unerlaubten Schnitt« durch den Kommissionär erfüllt sei und daher eine Bestrafung durch den Unterschlagungstatbestand möglich sei. Ein solcher unerlaubter Schnitt [79] liegt vor, wenn der Kommissionär entweder bei einem Kauf unter der Limite, resp. unter dem Markt und Börsenpreis oder bei einem Verkauf über denselben einen Gewinn erzielt, der dem Kommittent gehören würde und sich diesen dadurch unerlaubterweise aneignet, dass er den Kommittenten das Ausführungsgeschäft gar nicht mitteilt, sondern diesem gegenüber von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht und ihn deshalb um den Betrag der dadurch entstandenen Preisdifferenz schädigt. Zur Bestrafung dieser Handlung lässt sich theoretisch wohl auf ähnliche Weise eine Konstruktion aufstellen, wie dies bei der unerlaubten Aneignung von Gewinn geschehen ist [80], indem dort eine teilweise Unterschlagung entweder am Kommissionsgut oder am Verkaufserlös angenommen wurde, denn rechtlich begeht der Kommissionär keinen Selbsteintritt, sondern eine rechtswidrige Aneignungshandlung an einem Teil des durch das Ausführungsgeschäft erlangten Gutes, resp. Erlöses. Ob Selbsteintritt oder eine solche Aneignungshandlung vorliege, lässt sich extern jedoch nicht erkennen, da auf beide Arten der wirtschaftliche Erfolg für den Kommittenten der gleiche bleibt. In der Praxis führt daher diese Konstruktion kaum zum Ziele, da sich der Nachweis einer solchen rechtswidrigen Aneignungshandlung

[78] U. E. falsch ist die von Zingg S. 68 vorgebrachte Ansicht, dass der Vermengende allein Eigentum erhalten solle, wenn die vermengte fremde Sache den kleineren nebensächlicheren Teil darstelle. Diese Behauptung stützt sich auf einen Analogieschluss aus Art. 727, Abs. 2 ZGB. Die Bestimmungen aus Art. 727 dürfen jedoch auf die Vermengung nicht analog angewandt werden (so auch Wieland in N. 6 zu Art. 727).

[79] Guhl, Lb. I, S. 218.

[80] Vgl. oben S. 23.

sehr schwer gestalten dürfte[81]. Wenn eine Anklage in einem solchen Fall trotzdem erhoben würde, so könnte der Kommissionär immer noch einwenden, dass er das «Ausführungsgeschäft» erst nach Ausübung des Selbsteintrittes, also in eigenem Namen und auf eigene Rechnung vorgenommen habe, und dass er sich nur mit der Anzeige des Selbsteintrittes an den Kommittenten verspätet habe und der Gewinn demnach ihm gehöre[82].

Umgekehrt ist es aber auch möglich, dass sich der Kommissionär durch eine Berufung auf Selbsteintritt von der Anklage einer Unterschlagung zu befreien versuchen könnte: Dazu muss es ihm gelingen, zu beweisen, dass er ein Selbsteintritt ausgeübt habe und sich folglich keine ihm fremde Sache habe aneignen können. Dem Kommittenten gegenüber wäre dann der Kommissionär nur noch wie ein gewöhnlicher Kaufpreisschuldner rein obligationenrechtlich verpflichtet. Zum vorneherein ausser Betracht fällt diese Einrede des Selbsteintritts, wenn die Aneignung erst nach Vornahme des Ausführungsgeschäftes vollendet wurde und wenn dieses daher noch auf fremde Rechnung vorgenommen wurde. Deshalb kann bei einer rechtswidrigen Aneignungshandlung des Kommissionsgutes bei der Einkaufskommission oder des Verkaufserlöses der Kommissionär sich nicht auf Selbsteintritt berufen. Dies kann er demnach nur in zwei Fällen: Bei der Verkaufskommission bei einer Aneignung des zum Weiterverkauf erhaltenen Kommissionsgutes und bei der Einkaufskommission bei einer Aneignung der ihm für das Ausführungsgeschäft vorgestreckten Geldsumme, wenn, was als vorausgesetzt gilt, auch die übrigen Bedingungen eines Selbsteintrittes erfüllt sind[83]. Bei der Untersuchung, ob ein solcher Selbsteintritt vorliege, ist weitgehend auf subjektive Momente abzustellen. Der Kommissionär muss nachweisen, dass er den Willen gehabt habe, einen redlichen Selbsteintritt vorzunehmen. Dies kann aber nur angenommen werden, wenn er nicht nur willens, sondern auch in der Lage war, dem Kommittenten die Kaufsumme

---

[81] Vgl. Guhl, Lb. I, S. 218.

[82] Es findet sich denn auch in der ganzen durchgangenen strafrechtlichen Praxis kein Fall einer Bestrafung eines unredlichen Selbsteintrittes. Eine solche liesse sich evtl. eher durch den Untreuetatbestand ermöglichen.

[83] Vgl. oben S. 11.

zu zahlen, resp. das Kaufsgut zu liefern. Ein solcher Beweis würde dem unehrlichen Kommissionär jedoch schwer fallen. Es findet sich daher auch in der ganzen durchgangenen strafrechtlichen Praxis kein einziges Beispiel einer derartigen Konstruktion [84].

i) Zusammenfassendes Untersuchungsergebnis über die fremde Sache

A. Das Kommissionsgut [85] ist für den Kommissionär eine fremde Sache:

a) Bei der Verkaufskommission: Immer, wenn nicht durch besondere Parteiabrede etwas anderes bestimmt worden ist.

b) Bei der Einkaufskommission: Wenn nach dem Parteiwillen das Kommissionsgut direkt ins Eigentum des Kommittenten übergeht [86], oder wenn das sich zuerst im Eigentum des Kommissionärs befindende Kommissionsgut von diesem an den Kommittenten übertragen worden ist.

B. Eine vom Kommissionär empfangene Geldsumme ist für ihn eine fremde Sache:

a) Bei der Verkaufskommission: Wenn der Verkaufserlös nach dem Parteiwillen direkt ins Eigentum des Kommittenten übergeht und es für den Kommissionär ersichtlich ist, dass die empfangene Geldsumme nicht vermengt werden darf.

b) Bei der Einkaufskommission: Wenn der Kommissionär nicht berechtigt ist, den für das Ausführungsgeschäft bestimmten Geldbetrag mit dem eigenen Vermögen zu vermengen.

4. Die Tatbestandsmerkmale des Besitzes und Gewahrsams.

Die Sache muss im Besitz oder Gewahrsam des Handelnden sein. Dadurch will der Gesetzgeber nicht etwa sagen, dass die Sache im Sinne des Zivilrechts im Besitze des Unterschlagenden

---

[84] Ein einziger Hinweis auf die Möglichkeit einer solchen Konstruktion findet sich in ZBJV. Bd. 43, S. 375.

[85] Die Vermengung vertretbarer Sachen sei hier nicht erwähnt, da in diesem Tatbestand immer die Entstehung von Miteigentum angenommen werden kann und daran, wie ausgeführt wurde, begrifflich eine Unterschlagung möglich ist.

[86] Vgl. dafür die auf S. 34/35 aufgestellten 3 Punkte.

sein müsse. Da diese beiden Ausdrücke im Gesetzestext nebeneinander gestellt werden, legt die Praxis dieses Merkmal als einen «Besitz im Sinne von Gewahrsam» aus [87]. Die Sache muss nach den «Anschauungen des praktischen Lebens» der Herrschaft des Handelnden unterworfen sein [88].

Durch dieses Merkmal wird der Unterschlagungstatbestand vom Diebstahl unterschieden [89]. Es wäre allerdings zweckmässiger, dieses Tatbestandsmerkmal negativ zu umschreiben [90]: Dass die Sache nicht in fremdem Gewahrsam sein dürfe. Da aber die Auslegung dem Wortlaut des Gesetzes folgen muss, ist es erforderlich, dass der Zueignungshandlung immer die Erlangung des Gewahrsams vorausgehen muss, obschon, wie Binding [91] feststellt, in der Praxis ein Tatbestand sehr wohl möglich ist, bei welchem die Aneignungshandlung und die Erlangung des Gewahrsams zusammenfällt.

Im speziellen Fall des Kommissionärs kann das Requisit «des Besitzes im Sinne von Gewahrsam» als gegeben erachtet werden. Der Kommissionär muss immer Besitz oder Gewahrsam erhalten, sei es am Kommissionsgut, Verkaufserlös oder dem zum Einkauf vorgestreckten Geldbetrage, denn sonst würde es sich um keinen Kommissionsvertrag mehr handeln. Wohl ist es denkbar, dass der Kommissionär eine Aneignungsabsicht schon hat oder dass er schon über die durch das Kommissionsverhältnis zu erlangende Sache verfügt, bevor er überhaupt Besitz oder Gewahrsam am betreffenden «Unterschlagungsobjekt» erlangt hat. Die eigentliche Aneignungshandlung, durch welche die Tat vollendet wird, kann er jedoch erst vornehmen, nachdem er am Handlungsobjekt Besitz oder Gewahrsam erlangt hat [92].

---

[87] Vgl. Frank, N. 3 zu § 246, Zingg, S. 18.

[88] Vgl. Zingg, S. 18.

[89] Vgl. Frank, Zingg, ebenda. Ferner Ziethen, S. 9.

[90] Vgl. Ziethen, S. 9, Zingg, S. 17, Frank, N. 3 zu § 246.

[91] Binding, Lb. S. 275. Vgl. Ferner Gleispach, S. 7.

[92] Ausnahme vgl. S. 23/24. Der praktisch wohl seltene Fall einer rechtswidrigen Verfügung des Kommiss. über ein sich noch nicht in seinem Besitze befindliches Objekt kann demnach nicht durch den Unterschlagungstatb. geahndet werden. — Vgl. dagegen unten 69/70 die Lösung des neuen Rechtes.

5. Das Moment der Rechtswidrigkeit.

Das Moment der Rechtswidrigkeit ist ausdrücklich im Unterschlagungstatbestand erwähnt, obschon dies nicht erforderlich wäre, denn jede Handlung muss rechtswidrig verübt werden, damit sie strafbar ist [93]. Die Zueignungshandlung muss objektiv rechtswidrig sein. Es kann keine Unterschlagung vorliegen, wenn der Handelnde ein Recht zu dieser Zueignung hat. Eine solche berechtigte Zueignungshandlung beruht entweder auf Gesetz oder findet ihre Begründung durch die Parteien selbst. Abgesehen von den allgemein im Strafrecht geltenden Rechtfertigungsgründen können für den Spezialfall des Kommissionärs einige besondere die Rechtswidrigkeit ausschliessende Gründe unterschieden werden:

Ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 434 OR. in Verbindung mit Art. 895 ZGB. kann eine durch den Kommissionär begangene Aneignungshandlung rechtfertigen [94]. Diese Aneignung darf aber nicht schon mit dem blossen Eintreten eines Retentionsgrundes vorgenommen werden, sondern erst dann, wenn es als feststehend gelten kann, dass der Komittent seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen wird.

Eine Aneignung durch Vermengung kann als nicht rechtswidrig gelten: dies aber nur unter ganz gewissen Voraussetzungen [95].

Endlich sei noch der Selbsteintritt erwähnt. Dieser schliesst die Rechtswidrigkeit einer Aneignung aus, wenn er nach den Bestimmungen des Kommissionsrechtes rechtmässig ausgeübt wurde [96].

C. Der subjektive Tatbestand

1. Die Handlung.

Die Handlung besteht nicht wie bei den bei den andern hauptsächlichsten Vermögensdelikten, dem Diebstahl und dem Raub, in

---

[93] Nach Stooss (Z. Bd. 10, S. 363) ist dies nur eine Frage «technischer Zweckmässigkeit», ob das Wort «Rechtswidrig» in den Tatbestand aufgenommen werden soll.

[94] Vgl. oben S. 39 ff.

[95] Vgl. oben S. 44 ff.

[96] Vgl. oben S. 11, 46 ff.

einem Wegnehmen, sondern in einem blossen Zu- oder Aneignen. Diese Handlung bildet den Stoff eingehender wissenschaftlicher Erörterungen, auf die einzugehen aus dem Rahmen dieser Abhandlung fallen würde und sich auch erübrigt, da sie schon den Stoff zahlreicher anderer Arbeiten gebildet hat [97].

Um jedoch das System dieser Arbeit nicht zu beeinträchtigen, müssen trotzdem die Grundzüge dieser Lehren festgehalten werden und für eine bestimmte Richtung Stellung bezogen werden. Zingg unterscheidet zwei verschiedene Theorien: Eine formalistische und eine wirtschaftliche. Nach der ersten Theorie ist die Aneignung nach der Bindingschen Formulierung [98] «die Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses zum Zwecke einer der Eigentumsausübung analogen Behandlung der Sache.» Die Handlung wird demnach in Beziehung zum Eigentum gebracht, doch muss sie sich nicht notwendigerweise auf die Aneignung eines Eigentumsrechtes erstrecken, sondern vielmehr «auf das diesem innewohnende Machtverhältnis über die Sache» [99]. Der Unterschlagende will nach der Bindingschen Formulierung ein tatsächliches Herrschaftsrecht über die Sache ausüben und zwar analog einem Eigentümer. Gleichgültig ist dabei, ob der Handelnde rechtlich Eigentümer werde.

Dieser Ansicht steht die hauptsächlich von Frank [100] vertretene wirtschaftliche Lehre gegenüber. Frank will sich vom Eigentumsbegriff loslösen, da er in der Zueignungshandlung keinen eigentlichen rechtlichen Eigentumserwerb sieht, sondern diese nur nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilt. Demnach genügt es, wenn der Täter den wirtschaftlichen Wert der Sache gewinnt und der eigentlich Berechtigte vom Genusse des letzteren ausgeschlossen wird. Das Eigentum ist an und für sich ein Schutz, den eine Person in bezug auf eine Sache geniesst, doch ist es zwecklos, nur diesen «Schutz» zu schützen. Es soll nicht das «formale, sondern das materielle, substanzielle Element» geschützt werden [101]. Dieses

[97] Vgl. insbes. Nägeli, ferner Zingg, S. 18 ff. Gleispach, S. 8 ff und die dort angebrachten Hinweise.

[98] Binding, Lb. S. 268, ferner Normen II S. 1036.

[99] Zingg, S. 24.

[100] Vgl. Frank zu § 246.

[101] Gleispach, S. 10. — Zum bessern Verständnis dieser Konstruktion sei das von Frank (§ 246) erfundene Beispiel des Sparheftes genannt.

kann nur in der vollen Herrschaft einer Person über eine Sache bestehen. Ob aber im einzelnen Fall eine solche Herrschaft vorliege, lässt sich nach Frank nur von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus beurteilen [102].

Für die Lösung der Frage, ob sich der Kommissionär eine Unterschlagung als solche hat zu Schulden kommen lassen, ist es unseres Erachtens nicht von Bedeutung, welche dieser beiden Lehren zur Anwendung gebracht werden solle. Nach beiden Theorien zerfällt jede Aneignungshandlung in eine positive und eine negative Seite. Diese zwei Seiten lassen sich auch im speziellen Fall des Kommissionärs nach beiden Theorien konstruieren. Ein Unterschied besteht nur darin, dass einmal einer eigentumsanalogen Herrschaft über eine Sache eine Verhinderung dieses Eigentumsrechts über die Sache gegenübersteht und einmal der Gewinnung dieser Sache nach ihrem wirtschaftlichen Wert eine Ausschliessung von diesem Gewinn entgegengesetzt ist. Bei beiden Arten der Formulierung kann eine Aneignungshandlung des Kommissionärs als gegeben erachtet werden, und das Ergebnis bleibt sich bei beiden Theorien in praxi gleich. — Aus Beweisgründen kann in der Gerichtspraxis eher der wirtschaftlichen Auffassung der Vorzug gegeben werden, da sich im Einzelfall die wirtschaftlichen Elemente besser feststellen lassen als die abstrakten Eigentumsverhältnisse.

Wichtiger ist die Unterscheidung zwischen diesen beiden Theorien für die Frage der V o l l e n d u n g. Dadurch soll abgeklärt werden, welchen Handlungen die rechtliche Qualifikation eines Vollendungsmerkmals beigemessen werden soll. Insbesondere im speziellen Fall, wo das Kommissionsgut, resp. der Verkaufserlös zuerst ins Eigentum des Kommissionärs geht und erst später an den Kommittenten übergeht, ist die Bestimmung des Vollendungszeitpunktes von besonderer Wichtigkeit, denn dadurch wird die Frage entschieden, ob eine Unterschlagung überhaupt möglich sei, da ja die Aneignung einer eigenen Sache nicht bestraft werden kann.

---

[102] Gleispach (S. 9 ff) stellt eine ähnliche Theorie wie Frank auf, die aber noch über letztere hinaus geht. Demnach ist die Zueignung einer Sache: der den Berechtigten ausschliessende Genuss dieser Sache und ebenso jede Handlung, durch welche die Sache zu ausschliessendem Genuss gewonnen wird.

Für die meisten kantonalen Gesetze sind diese Vollendungsmerkmale durch abschliessende Aufzählung im Gesetze bestimmt [103]. Für die vorliegende Abhandlung sollen jedoch lediglich nur jene Gesetze in Betracht gezogen werden, die wie der Unterschlagungstatbestand des deutschen Rechtes und auch der Veruntreuungstatbestand des neuen schweizerischen Strafgesetzbuches das blosse Merkmal der «rechtswidrigen Zueignung» kennen [104].

«Jedes Delikt ist vollendet, wenn der Täter objektiv und subjektiv den gesetzlichen Tatbestand erfüllt hat [105]. Dass eine Zueignung vorliege, sind sich die beiden Lehren meist einig, aber nicht in welchem Zeitpunkt die Handlung als vollendet gelten soll. Unseres Erachtens ist zur Bestimmung dieses Vollendungszeitpunktes die Ansicht Franks vorzuziehen, denn die eigentliche Ratio des Unterschlagungstatbestandes besteht im Schutze des Eigentümers. Eine Verletzung des Eigentums, die objektiv ohne weiteres zu erkennen ist, kann aber nur wirtschaftlicher Art sein. Dagegen ist viel schwerer feststellbar, wann die rein von subjektiven Merkmalen abhängige eigentümeranaloge Herrschaft über die Sache eingetreten ist. — Die Handlung ist daher mit der wirtschaftlichen Theorie erst als vollendet anzunehmen, wenn einem widerrechtlichen wirtschaftlichen Nutzen auf der einen Seite, auf der andern Seite ein wirtschaftlicher Schaden entspricht. Es ist überflüssig, hier aufzuzählen, in was für Handlungen im einzelnen Fall eine Vollendung erblickt werden kann, da sich dies auf die Franksche Art leicht feststellen lässt [106].

Es kann nicht bestritten werden, dass der Vollendungszeitpunkt später eintritt als bei einer Lösung nach der formalistischen Auffassung. Obschon vom subjektiven Standpunkte aus die Handlung als solche schon vor ihrer Vollendung als strafwürdig erscheint, kann sie erst bestraft werden, wenn das objektive Moment, eine

---

[103] Vgl. die ausführlichen Zusammenstellungen bei Zingg, S. 35, und Nägeli, S. 78.

[104] Es sind dies nur Solothurn und Basel-Stadt.

[105] Hafter, Lb. 1, S. 191, ähnlich v. Liszt, S. 220.

[106] Im Gegensatz zur formalistischen Auffassung ist eine Verheimlichung der Sache und eine Verkaufsofferte als Versuch zu werten. Vgl. Frank S. 518.

wirtschaftliche Schädigung erfüllt ist[107]. Erst wenn diese Schädigung eintritt, ist die Handlung vollendet, denn eine einmal eingetretene wirtschaftliche Schädigung des Kommittenten kann vom Kommissionär nicht mehr verborgen oder bestritten werden. Demgegenüber kann ein blosses eigentümeranaloges Verhalten vielfach extern überhaupt nicht erkannt werden, weshalb dieses Verhalten, so z. B. bei Gefahr einer Entdeckung, ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden kann, ohne dass notwendigerweise dem Berechtigten dadurch ein Schaden entstanden ist. Auch würde die Anwendung der letzteren Theorie vielfach Rechtsungleichheit nach sich ziehen, da dieses Verhalten oft gar nicht erkannt und deshalb nicht bewiesen werden kann und der Kommissionär deshalb in analogen Tatbeständen bald bestraft werden könnte und bald ohne Strafe ausginge.

2. Der Vorsatz.

Der Vorsatz erstreckt sich auf die bewusste rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache[108]. Auf die Behandlung der umstrittenen Frage, ob die Merkmale des Besitzes, des Gewahrsams und der Beweglichkeit vom Vorsatz mitumfasst werden müssen, kann verzichtet werden, da deren Lösung für unsern speziellen Fall ohne Bedeutung ist[109]. Die Unterschlagung des alten Rechtes ist im Gegensatz zu der Veruntreuung des neuen schweizerischen Strafrechtes kein Bereicherungsdelikt[110]. Es muss daher nach dem alten Recht der Dolus keine gewinnsüchtige oder vermögensschädigende Absicht des Handelnden enthalten. Daraus ergeben sich erhebliche praktische Folgerungen. Es entfallen deshalb alle Streitfragen, die sich bei einer Verpfändung oder Verschenkung der fremden Sache durch den Kommissionär ergeben. Ferner kann die Ersatzabsicht des Kommissionärs, die auf seinen Willen, sich nicht zu bereichern schliessen lässt, den Vorsatz nicht ausschlies-

---

[107] A. A. Zingg, S. 31.

[108] Vgl. Frank, S. 540, Olshausen, S. 1011, Binding, Lb. 1, S. 279.

[109] Die meisten Kommentare und Lehrbücher berühren diese Frage nicht einmal. Vgl. dagegen Olshausen N. 19 zu § 246 und die dort angeführte Literatur.

[110] Vgl. Frank, S. 541, Olshausen, S. 1012, Gleispach, S. 91.

sen [111]. Ein Ersatz kann die vollendete Tat nicht mehr beseitigen, sondern kann höchstens, wenn er tatsächlich geleistet wurde, bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

In einem speziellen Falle jedoch ist diese Ersatzabsicht für die Entscheidung der Schuldfrage von besonderer Bedeutung: Die Aneignungshandlung ist, wie gezeigt wurde, keine rechtswidrige, wenn der Kommissionär berechtigt ist, das empfangene Geld mit dem eigenen Vermögen zu vermengen und sich folglich daran auch Eigentum zu verschaffen [112].

Dieser Eigentumsentzug ist aber nur ein vorübergehender, denn der Kommissionär muss jederzeit in der Lage sein, den Kommittenten wiederum zum Eigentümer zu machen, zwar nicht an den gleichen Stücken Geldes, sondern an einer gleich hohen Summe Geldes, was faktisch aber gleichbedeutend einer Ersatzleistung ist. Wenn jedoch der Kommissionär im Momente der Vermengung die bestimmte Absicht hat, dies nicht zu tun, oder was dieser Absicht gleichkommt, wenn ihm bewusst ist, dass er zu dieser Ersatzleistung nie in der Lage sein werde, dann ist diese Aneignung eine rechtswidrige, denn die Absicht geht auf einen dauernden Entzug des Eigentums. Eine Bestrafung ist möglich, da das Requisit der fremden Sache gegeben ist, denn die Handlung ist schon mit der Vermengung vollendet und hat daher noch eine fremde Sache zum Objekt. Wenn deshalb der Kommissionär aus dem Kommissionsverhältnis auch berechtigt sein mag, eine Vermengung vorzunehmen, so ist diese nur rechtsmässig, wenn sie mit Ersatzabsicht vorgenommen wurde. Darin liegt aber nicht etwa eine Durchbrechung des Gedankens, dass die Unterschlagung kein Bereicherungsdelikt sein müsse, denn wenn der Kommissionär keine Ersatzabsicht hat, so braucht der Dolus trotzdem nicht notwendigerweise auf Bereicherung oder Vermögensschädigung zu gehen.

Die Rechtswissenschaft nimmt bei der Unterschlagung in zwei verschiedenen Fällen ein Fehlen des erforderlichen Vorsatzes an [113]: Einmal, wenn der Täter unter der falschen Vorstellung gehandelt

---

[111] Vgl. dagegen die Lösung des neuen Strafrechtes: S. 73 ff., ferner Hafter, Lb. II, S. 235, Zingg, S. 42.

[112] Vgl. oben S. 44.

[113] Vgl. Frank, S. 541, Olshausen, S. 1012, Gleispach, S. 91.

hat, dass der Eigentümer mit der von ihm begangenen Aneignungshandlung einverstanden sei oder seine Einwilligung noch erteilen werde. Diese Ausnahme kann für den speziellen Fall des Kommissionärs kaum von Bedeutung sein, da die Zustimmung des Kommittenten meist schon aus dem Grundverhältnis ersichtlich ist. Eine solche Annahme könnte höchstens berechtigt sein, wenn die Aneignungshandlung im Interesse des Kommissionsverhältnisses vorgenommen würde und dem Kommittenten dadurch kein Nachteil und auch keine Gefahr erwachsen würde. Jeder Eigentumsentzug hat hingegen für den Kommittenten, und mag er noch so gut gesichert sein, immer ein gewisses Risiko zur Folge, denn die Gefahr, dass er das endgültige Ziel des Kommissionsvertrages, die Erlangung von Eigentum und Besitz nicht erreiche, wird dadurch eher vergrössert als verkleinert. Es ist deshalb eine Ermessenssache, die unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessenslage zu beurteilen ist, ob in einem solchen Tatbestande Dolus anzunehmen sei oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage mag theoretisch gewisse Schwierigkeiten aufweisen, nicht aber in der Praxis, denn wenn geklagt wird, dann ist der Kommittent sicher auch geschädigt.

Im Gegensatz zu diesem Tatirrtum nimmt die Rechtswissenschaft auch wegen fehlendem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Rechtsirrtum, Unvollständigkeit des Dolus an [114]. Der Täter glaubt irrtümlich, er sei zu seiner Handlung berechtigt. Ob ein solcher Irrtum vorliege, ist eine Tatfrage des Einzelfalles, doch darf im allgemeinen vom Kommissionär verlangt werden, dass er aus dem Kommissionsverhältnis ersehe, zu was er berechtigt sei oder nicht. In der Praxis lässt sich denn auch dieses Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bei dem fehlbaren Kommissionär meistens erkennen. Sehr oft geht sogar dieses Bewusstsein oder «Rechtsgefühl» noch über den strafbaren Tatbestand hinaus, denn vielfach glaubt der Kommissionär, eine Unterschlagung begangen zu haben, obschon

---

[114] Ein Rechtsirrtum wird nach der alten kantonalen Praxis meistens nur dann nicht bestraft, wenn der einzelne Tatbestand das Moment der Rechtswidrigkeit ausdrücklich fordert. Letzteres trifft bei der Unterschlagung zu. Vgl. Hafter, Lb. I, S. 182.

er sich eine zwar wirtschaftlich aber nicht rechtlich fremde Sache angeeignet hat und daher gar nicht bestraft werden kann [115].

Nicht massgebend für die Bestimmung des Unterschlagungstatbestandes ist der Zeitpunkt, in dem der Vorsatz gefasst wurde, denn bestraft wird nur die vollendete Unterschlagung [116]. Die Vollendung bestimmt sich dagegen, wie gezeigt wurde, nach ganz andern Merkmalen. Der blosse dolus kann daher nicht strafbar sein [117].

2. Teil: Die Bestrafung durch andere Tatbestände

A. Der Betrugstatbestand

§ 156 Sol. StGB.:

> Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, das Vermögen oder sonstige Rechte eines andern dadurch beschädigt, dass er durch wissentliches Vorbringen falscher oder durch Entstellung oder durch pflichtwidriges Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, begeht einen Betrug [118].

Betrug ist demnach die Schädigung eines Dritten durch Täuschung zwecks Erlangung eines rechtswidrigen Vorteils. Worin diese Schädigung und dieser Vorteil besteht, ist gleichgültig; meist wird es sich um einen Vermögenswert handeln, verlangt wird dies jedoch vom Gesetz nicht [119]. Auch eine unerlaubte Aneignungshandlung des Kommissionärs bedeutet für den Kommittenten eine solche Schädigung. Damit aber diese Aneignungshandlung als Betrug bestraft werden kann, muss sie durch eine Täuschung ermöglicht

---

[115] Vgl. z. B. einen in SJZ. Bd. 21, S. 44 zit. Aarg. Ent.

[116] Vgl. dagegen ein Kreisschreiben der zch. Staatsanwaltschaft vom 29. 11. 23., ferner SJZ. Bd. 20, S. 219.

[117] Anders beurteilt sich diese Frage dagegen nach dem Betrugstatbestand, vgl. dort.

[118] Am meisten Aehnlichkeit mit diesem § weisen die Bestimmungen von Schaffhausen, Zürich und Zug auf.

[119] Dagegen das d. RSTGB. § 263. Diesen Tatbestand haben die Gesetze von Basel und St. Gallen wörtlich übernommen. Ebenso verlangen Luzern, Aargau und Glarus wie auch das neue schw. StGB. eine Vermögensschädigung.

worden sein. Es fällt daher eine Bestrafung des Kommissionärs durch den Betrugstatbestand in allen jenen Fällen zum vorneherein nicht in Betracht, in denen der Aneignungsentschluss durch den Kommissionär erst gefasst wurde, nachdem er schon Besitz an der Sache erlangt hatte, denn um sich diese anzueignen, braucht er sich keiner Täuschung mehr zu bedienen, weil sie ja schon in seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt steht.

Die Frage, ob Betrug vorliege, muss sich deshalb beschränken auf die Untersuchung, ob die blosse Erlangung von Besitz durch den Kommissionär diesen Tatbestand unter gewissen Voraussetzungen schon erfüllen könne und ob dieser Tatbestand auch in jenen Fällen angewandt werden könne, bei welchen die Eigentumserlangung durch den Kommissionär direkt und ohne vorherigen Besitz eintritt.

Direktes Eigentum erhält der Kommissionär entweder vom Kommittenten selbst oder vom Drittkontrahenten. Vom Kommittenten in der Regel an der zur Ausführung der Einkaufskommission vorgestreckten Geldsumme, vorausgesetzt, dass er nicht verpflichtet wird, diese vom eigenen Vermögen getrennt zu halten. Am Kommissionsgut dagegen erhält er nur in bestimmten Fällen Eigentum. In beiden Tatbeständen ist eine Bestrafung durch den Unterschlagungstatbestand nicht möglich, da das Requisit der fremden Sache nicht gegeben ist. Es ergibt sich daher ein vermehrtes strafrechtliches Bedürfnis, diese Fälle durch den Betrugstatbestand zu ahnden.

Es soll zunächst der Tatbestand behandelt werden, bei welchem der Kommissionär das Eigentum direkt vom Kommittenten erlangt. Nicht in der Eigentumserlangung als solcher liegt die strafwürdige Handlung, denn diese vollzieht sich nach den vertraglichen Abmachungen des Kommissionsgeschäftes, sondern dadurch macht sich der Kommissionär strafbar, dass er dieses Eigentum nicht vertragsmässig zur Ausführung des Kommissionsgeschäftes gebraucht. Ein Betrug kann aber nur vorliegen, wenn der Kommissionär schon mit der Eigentumserlangung diesen dolosen Willen hat, denn nur dann erwirbt er dieses Eigentum durch eine Täuschung des Kommittenten. Letztere bezieht sich

nicht direkt auf das Eigentum, sondern auf Tatsachen auf Grund derer der Kommittent das Eigentum überträgt.

Hauptmotiv zur Eigentumsübertragung ist für den Kommittenten der ehrliche Wille des Kommissionärs, das übertragene Geschäft vertragsgemäss auszuführen. Hat daher bei Vertragsabschluss der Kommissionär diesen Willen nicht, dann täuscht er den Kommittenten über seinen wahren Willen. Nicht erforderlich ist, dass diese Täuschung durch irgend eine äusserliche Handlung vorgenommen wird. Es genügt schon ein blosses Stillschweigen [120], denn durch dieses Schweigen wird der Kommittent über die wahre Absicht des Kommissionärs, die er stillschweigend voraussetzte, hinweggetäuscht.

Die schädigende Absicht muss beim Kommissionär schon im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses vorhanden sein, denn sonst könnte keine Täuschung im Sinne des Betrugstatbestandes vorliegen. Wird diese Absicht erst später gefasst, dann besteht wohl eine Täuschung im Sinne des täglichen Sprachgebrauchs, da der Kommittent an die redliche Absicht des Kommissionärs glaubt. Ein Betrug kann jedoch nicht vorliegen, da der beim Kommittenten vorhandene Irrtum für den Eintritt der Schädigung nicht kausal ist. Weil diese Absicht nicht geäussert wird, ist nach rein subjektiven Erwägungen zu bestimmen, ob sie schon bei Vertragsabschluss oder erst später gefasst worden sei. In der Regel kann aber angenommen werden, dass diese Absicht schon bei Abschluss mit dem Kommittenten vorhanden ist, denn diesem Abschluss soll gewöhnlich das Ausführungsgeschäft unmittelbar folgen. Es ist deshalb die Zeitspanne zwischen diesen beiden Vorgängen eine sehr kurze und es ist daher unwahrscheinlich, dass der Kommissionär eine so plötzliche Aenderung seiner Willensrichtung vornimmt, denn sonst kann angenommen werden, dass er die dolose Absicht, wenn auch noch unbestimmt, schon bei Vertragsabschluss gehabt habe. Mag bei letzterem Tatbestand die dolose Absicht bei Vertragsabschluss auch noch nicht feststehend sein, so ist dennoch auch bei einer nur geringen Willensunsicherheit eine Täuschung zu bejahen, denn bei Kenntnis dieses «inneren Schwankens» hätte der Kommittent seinen Auftrag bestimmt nicht gegeben.

---

[120] Vgl. dafür insbes. Olshausen, S. 1091, Frank, S. 584.

Ein Betrug ist namentlich auch immer dann anzunehmen, wenn der Kommissionär die schädigende Absicht zwar nicht direkt hat, sich aber bewusst ist, dass eine Schädigung des Kommittenten trotzdem eintreten werde. Es ist dies dann der Fall, wenn sich z. B. der Kommissionär in einer derart prekären finanziellen Lage befindet, dass es für ihn beim Abschluss mit dem Kommittenten als feststehend gelten muss, dass er das Ausführungsgeschäft vorzunehmen nicht in der Lage sein werde, sei es aus der Notwendigkeit heraus, das Kommissionsgut für andere Zwecke zu verwerten und zu gebrauchen, oder sei es, dass das vorgestreckte Geld zur Erfüllung eigener, im Momente dringlicherer Verbindlichkeiten gebraucht werden muss. Letzterer Tatbestand ist dem Kreditbetrug sehr ähnlich und gleich diesem strafbar [121].

Als weiteres Merkmal zur Erfüllung des Betrugstatbestandes bedarf es auf Seiten des Kommittenten einer Schädigung als Folge der Täuschung. Nicht nötig für die Vollendung des Tatbestandes ist dagegen der Eintritt eines Nutzens auf Seiten des Kommissionärs [122]. Dessen Verwirklichung ist nur der Endzweck der Täuschung und setzt notwendigerweise als primäre Folge der Täuschung eine Schädigung voraus. Es ist daher sehr wohl möglich, dass zunächst nur eine Schädigung eintritt.

Diese Schädigung muss der primäre Erfolg der Täuschung sein und es ist daher erforderlich, dass sie unmittelbar auf die Handlung folge [123]. Es liegt daher kein Betrug vor, wenn die Schädigung nicht als direkte Folge der Täuschungshandlung, sondern erst als Folge einer Bedingung, die ihrerseits Folge der Täuschung ist, eintritt. Objektiv betrachtet bildet die Nichtausführung des Kommissionsgeschäftes für den Kommittenten die einzige schädigende Folge der Täuschungshandlung des Kommissionärs. Obschon diese Schädigung mit der Täuschung in Kausalzusammenhang steht, stellt sie sich nicht als deren unmittelbare Folge dar. Damit trotzdem ein Betrug angenommen werden kann, muss daher schon in dem unmittelbar durch die Täuschung bewirkten primären Erfolg, der

[121] Vgl. Frank, S. 583, Olshausen, S. 1096.

[122] Vgl. Frank, S. 587.

[123] Vgl. Frank, S. 587.

Eigentumserlangung durch den Kommissionär, eine für den Kommittenten nachteilige Tatsache erkannt werden. Zweifellos entsteht durch diese Eigentumserlangung für den Kommittenten zunächst eine blosse Gefährdung. Eine Schädigung, die sich in diesem Zeitpunkte objektiv feststellen liesse, ist dagegen noch nicht eingetreten. Ob diese Gefährdung für den Kommittenten auch eine Schädigung bedeute, ist eine Frage, die bestritten werden kann. Nicht in der Gefährdung als solcher liegt die Schädigung für den Kommittenten, sondern in der Nichterlangung des durch den Kommissionsvertrag angestrebten Zieles. Dies ist die Erbringung einer positiven Leistung durch den Kommissionär. Wird diese Leistung nicht erbracht, dann tritt überhaupt keine ersichtliche Vermögensänderung und demnach auch keine Schädigung beim Kommittenten mehr ein. Einen Schaden hat der Kommittent aber trotzdem erlitten, weshalb diese Schädigung schon früher, also mit der Eigentumsübertragung, eingetreten sein muss, denn diese Entäusserung wurde durch den Kommittenten nur vorgenommen, um später aus dem Kommissionsverhältnis an einer andern Sache wiederum Eigentum zu erwerben. Es ist daher in der primären Folge der Täuschungshandlung, in der vom Kommittenten vorgenommenen Eigentumsübertragung, für letzteren eine Schädigung zu erkennen [124].

Auch in einem Tatbestand, bei welchem der Kommissionär das Eigentum vom Drittkontrahenten übertragen erhält und dieses vertragswidrig nicht dem Kommittenten überträgt, muss diese seine dolose Absicht, schon bei Abschluss mit dem Kommittenten vorhanden gewesen sein, damit er als Betrüger bestraft werden kann, denn der Getäuschte, also der Kommittent, muss mit dem Geschädigten identisch sein. Es wird jedoch höchst selten zutreffen, dass der Kommissionär, der mit dem Kommittenten unter betrügerischer Absicht abgeschlossen hat, seinen rechtswidrigen Vorsatz erst nach der Eigentumserlangung vom Drittkontrahenten ausführen wird. Vielmehr wird er meistens die rechtswidrige Bereicherungshandlung schon vor Vornahme des Abschlusses

[124] Diese Schädigung besteht für den Kommittenten immer in einem Vermögensnachteil, was für das deutsche Strafrecht und auch das neue schw. StGB. von Bedeutung ist.

mit dem Drittkontrahenten ausführen, denn es wird ihm sicher daran gelegen sein, sich seinen widerrechtlichen Gewinn möglichst rasch zu sichern. Sollte er dennoch die widerrechtliche Aneignungshandlung nach Vollendung des Ausführungsgeschäftes vornehmen, dann muss in jedem einzelnen Tatbestand untersucht werden, ob die dolose Absicht schon bei Abschluss mit dem Kommittenten vorhanden gewesen sei. Dieser rein von subjektiven Momenten abhängige Beweis dürfte jedoch meist scheitern. Sollte auch der Kommittent, zur Erreichung seines rechtswidrigen Zieles, eine Täuschung des Drittkontrahenten vornehmen, so sind die Merkmale des Betrugstatbestandes dennoch nicht erfüllt, denn der Dritte wird nur getäuscht, aber nicht geschädigt. Es gelingt daher dem Betrugstatbestand nur zum Teil, die bei der Bestrafung des Kommissionärs sich ergebende L ü c k e auszufüllen, denn der in diesem Abschnitt behandelte Tatbestand kann auch durch die Unterschlagung nicht erfasst werden.

In letzter Linie bleiben noch alle jene Fälle zu untersuchen, in denen der Kommissionär durch eine Täuschung des Kommittenten bloss B e s i t z an der Sache erlangt hat, die er sich rechtswidrig aneigenen will. Die Voraussetzungen zur Begehung eines Betruges bleiben sich gleich wie bei den oben behandelten Tatbeständen, nur muss statt der Eigentumserlangung schon die Besitzeserlangung als primäre Folge der Täuschung, eine Schädigung für den Kommittenten nach sich ziehen. — Da das Requisit der fremden Sache gegeben ist und sich daher eine Unterschlagung konstruieren lässt, stellt sich vom strafrechtlichen Standpunkte aus nicht das gleiche Bedürfnis und die gleiche Notwendigkeit wie in den behandelten Fällen, den Kommissionär als Betrüger zu bestrafen. Abgesehen vom Tatbestand, wo ein betrügerisches Verhalten bei Vertragsschluss offensichtlich zu Tage tritt und daher Betrug mit der Unterschlagung in Idealkonkurrenz tritt, sieht die Praxis davon ab, diese etwas schwerfällige Konstruktion neben dem Unterschlagungstatbestand aufzustellen [125].

---

[125] Im allgemeinen meidet es die Praxis, den Kommissionär als Betrüger zu bestrafen, weshalb sich nur wenige derartige Urteile finden lassen. Vgl. Sol. Rb. 1924, N. 24. Ferner Bl. ZR.Bd. 21 N. 110.

B. Der Untreuetatbestand.

In letzter Linie soll versucht werden, den Untreuetatbestand zur Schliessung der Lücken, die sich bei der Verfolgung des unredlichen Kommissionärs ergeben, herbeizuziehen. Diesen Tatbestand kennen nur wenige kantonale Strafgesetzbücher, so Solothurn [126] und Neuenburg, die den § 266 des deutschen Strafgesetzbuches fast wörtlich kopieren [127].

Nach diesem Tatbestand können sich nur ganz bestimmte Klassen von Personen eine Untreuehandlung zu Schulden kommen lassen. Darunter fällt nach § 160, Ziff. 2, Sol. StGB. der Bevollmächtigte, worunter in der Praxis auch der indirekte Stellvertreter, also auch der Kommissionär zu verstehen ist [128]. Die Handlung besteht in einer Nichtwahrnehmung der anvertrauten Vermögensinteressen oder in einer Handlung zum Nachteil des Auftraggebers.

In Anlehnung an die deutsche Rechtssprechung versucht es die schweizerische Gerichtspraxis nicht einmal in denjenigen Fällen den Kommissionär durch den Untreuetatbestand zu bestrafen, wo dies einem strafrechtlichen Bedürfnis entsprechen würde, d. h. wo eine Bestrafung durch keinen andern Tatbestand möglich ist. Begründet wird diese Praxis durch die Anerkennung einer allzustarken Gebundenheit des Strafrechts an den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff. Demnach ist auch durch den Untreuetatbestand eine Bestrafung des Kommissionärs nicht möglich, wenn er Eigentümer ist. Unseres Erachtens geht diese Ansicht zu weit, denn der Tatbestand der strafbaren Untreue ist nicht ein Eigentumsdelikt in engerem Sinne, und es rechtfertigt sich daher diese Gebundenheit nicht. Die Doktrin geht sogar soweit, dass sie behauptet, dass bei Eigentum des Handelnden «überhaupt kein Delikt vorliegen könne» [129].

Ueberall dort jedoch, wo der Kommissionär kein Eigentum hat, liesse sich eine Bestrafung durch den Untreuetatbestand kon-

---

[126] Sol. StGB. § 160.

[127] Des weitern kennen diesen Tatbestand die Gesetze von Basel-Land und St. Gallen, weichen jedoch etwas vom Texte des § 266 d. RStGB. ab.

[128] Vgl. Cartier, S. 28.

[129] Cartier, S. 28. Vgl. ferner Olshausen, S. 1131 und die dort zitierten Entscheide.

struieren, doch erübrigt sich dies, da der speziellere Tatbestand der Unterschlagung den Untreuetatbestand ausschliesst.

C. Anhang: Der Tatbestand des „abus de confiance„

Damit sich die Entstehung des Veruntreuungsartikels des neuen Strafgesetzes besser erklärt, soll der altkantonale Tatbestand des abus de confiance hier kurz erörtert werden. Dieser aus dem code pénal français stammende Tatbestand hat auf zwei verschiedene Arten im Strafrecht Eingang gefunden:

Eine Gruppe von Strafgesetzen erkennt diesen abus de confiance nach dem Vorbild des französischen Rechtes als Grundtatbestand [130]. Dieser Tatbestand soll nicht in erster Linie das Eigentum vor Verletzung schützen, sondern er bedroht die Verletzung eines durch ein spezielles Vertrauensverhältnis bedingten Vertrages. Ursprünglich waren dies nur ganz bestimmte Arten von Verträgen, die einen solchen Schutz erhielten. Im Laufe der Zeit hat jedoch die Rechtsentwicklung, den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend, die Anzahl der zu schützenden Verträge immer mehr erweitert [131]. So wird denn auch als Abschluss dieser Entwicklung, mit Ausnahme der Kantone Genf und Neuenburg, der abus de confiance ganz allgemein bestraft. Wie bei der Unterschlagung handelt es sich auch bei diesem Tatbestand um ein Besitz- und Gewahrsamsverhältnis. Die Frage jedoch, die für den speziellen Fall des Kommissionärs entscheidend ist, ob das Deliktsobjekt eine fremde Sache sein müsse, ist auch hier bestritten, weshalb hier davon abgesehen sei, eine Lösung dieses Problems, nach dem Tatbestand des abus de confiance zu geben [132].

Eine zweite Gruppe von Strafgesetzen behält die Eigentumsverletzung als primäres Element des Tatbestandes bei. Dem Moment des «Anvertrautseins» kommt nur eine strafschärfende Bedeutung zu [133]. Wenn daher der Kommissionär nach einem dieser Gesetze

---

[130] Es sind dies insbes. die Strafgesetzbücher der welschen Schweiz.

[131] Vgl. insbes. Zingg, S. 10. Ferner Stooss, Grundzüge, Bd. 2, S. 85.

[132] Für die beiden Ansichten vgl. insbes. Zingg, S. 10 ff. und die dort angebrachten Hinweise.

[133] Für die verschiedenen Erscheinungsformen dieses «Anvertrautseins» vgl. insbes. Stooss, Grundzüge Bd. 2, S. 94.

bestraft werden soll, so muss immer untersucht werden, ob obiges Moment vorhanden sei und dies eventuell bei der Strafzumessung berücksichtigt werden [134].

Zusammenfassung [135]

Eine Bestrafung des Kommissionärs durch den Unterschlagungstatbestand ist nur dann möglich, wenn das Zivilrecht Eigentum des Kommittenten annimmt. Zur Schliessung der sich daraus ergebenden Lücke kann der Betrugstatbestand herbeigezogen werden, der aber nur jene Fälle erfassen kann, bei denen die rechtswidrige Absicht des Kommissionärs schon bei Abschluss mit dem Kommittenten vorhanden ist.

Bei der strafrechtlichen Verfolgung des unredlichen Kommissionärs bleibt daher eine Lücke. Es kann darüber gestritten werden, ob dies der Rechtsordnung zum Vor- oder Nachteil gereiche. Einerseits werden durch diese Regelung die Kontrahenten, insbesondere der Kommittent zu grösserer Vorsicht und Sorgfalt beim Abschluss von Kommissionsverträgen gezwungen und das Kommissionsverhältnis erhält dadurch eine bessere und exaktere Ausgestaltung. Andererseits wird es jedoch dem unehrlichen und raffinierten Kommissionär immer wieder gelingen, den Kommittenten unerlaubterweise zu hintergehen, ohne dass er dabei strafrechtlich verfolgt werden kann.

Wohl liesse sich eine Lösung befürworten, die den Kommissionär generell wie einen gewöhnlichen Kaufpreisschuldner behandelte und so eine strafrechtliche Verfolgung praktisch verunmöglichte. Besonders aus Gründen der Rechtssicherheit liesse sich aber auch eine Lösung vertreten, die unbeachtet der zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse eine Verfolgung jeder unredlichen Aneignungshandlung ermöglichen würde. Eine Lösung jedoch, wie sie das alte kantonale Recht ergeben hat, ist abzulehnen, denn es widerspricht

---

[134] Ueber den Begriff «anvertraut» vgl. unten S. 68 ff.

[135] Es sei davon abgesehen, den abus de confiance bei dieser Zusammenfassung zu berücksichtigen, da dieser ein Tatbestand einer andern Strafgesetzgruppe als der behandelten ist.

jeder gesunden Rechtsauffassung, wenn der Kommissionär bei einer Handlung, die für die Beteiligten wirtschaftlich immer den gleichen Erfolg hat, bald verfolgt werden kann und bald straflos ausgeht. Dieses Resultat ist eine Folge davon, dass sich bei der Bestrafung des Kommissionärs die einschlägigen Bestimmungen von Zivil- und Strafrecht nicht richtig ergänzen, obschon diese Bestimmungen einzeln betrachtet nicht angefochten werden können. Damit das Resultat, das sich in diesem Berührungspunkte zweier Rechtsgebiete ergibt, ein befriedigenderes werde, müssen die einschlägigen Normen einer Teilrechtsordnung abgeändert werden. Diese Anpassung darf jedoch nicht soweit gehen, dass nur um der andern Rechtsordnung willen den grundlegenden Gedanken, die jedem Teilrechtsgebiet eigen sind, Gewalt angetan wird. Es bleibt daher im Folgenden zu untersuchen, ob die Lösung, wie sie sich nach dem neuen Recht in bezug auf die widerrechtlichen Aneignungshandlungen des Kommissionärs ergibt, die richtige sei.

IV. Die Bestrafung des Kommissionärs nach dem neuen Recht

I. Teil: Die Bestrafung nach dem Veruntreuungstatbestand

A. Der Tatbestand der Veruntreuung im allgemeinen

Art. 140, Ziff. 1:

> Wer sich eine ihm anvertraute fremde, bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern,
>
> wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmässig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet,
>
> wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft.

Dieser Tatbestand bildet eine Kompromisslösung zwischen dem deutschen Unterschlagungsbegriff und dem französischen abus de confiance [1]. Abs. 1 entspricht dem alten Unterschlagungstatbestand, nur ist das Erfordernis von «Besitz und Gewahrsam» fallen gelassen worden und durch den Begriff «anvertraut» ersetzt worden. Als neues Merkmal wird ferner zur Erfüllung des Tatbestandes eine Bereicherungsabsicht des Handelnden verlangt.

Neu ist dagegen der Tatbestand des Abs. 2. Dieser soll überall dort eingreifen, wo eine Bestrafung bis jetzt wegen dem Erfordernis der fremden Sache nicht möglich war und bedeutet daher gegenüber dem altrechtlichen Unterschlagungstatbestand eine erhebliche Erweiterung. Erfasst sollen durch diesen Tatbestand alle jene Aneignungshandlungen werden, die durch ihre Gebundenheit an

---

[1] Ueber die Geschichte der Entstehung dieses Artikels vgl. insbes. Zingg, S. 125 ff.

das Zivilrecht zu Streitfragen geworden sind und die nach Stooss [2] «immer und immer wieder den Richter und Wissenschaftler beschäftigen». Daher lässt sich dieser Absatz nicht mehr von zivilrechtlichen Gesichtspunkten bestimmen, sondern zieht die wirtschaftlichen Verhältnisse in Betracht.

Da in der Praxis eine Veruntreuungshandlung meistens an einer fremden Sache vorgenommen wird, ist immer zunächst zu untersuchen, ob ein Tatbestand nach Abs. 1 vorliege. Abs. 2 bildet nur einen Ausnahmefall und soll erst dann herbeigezogen werden, wenn sich bei der Anwendung von Abs. 1 eine Lücke ergibt. Art. 140, Ziffer. 1, bleibt daher seinem Charakter nach ein Eigentumsdelikt. Dem Tatbestand des Abs. 2 kommt nur subsidiäre Bedeutung zu [3].

B. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1

1. Das Objekt der Handlung.

Das Objekt dieses Tatbestandes ist identisch mit dem der altrechtlichen Unterschlagung: Eine fremde bewegliche Sache [4]. Auch hier ist der Begriff «fremd» rein zivilrechtlich und nicht wirtschaftlich auszulegen, denn sonst würde der Tatbestand unter Abs. 2 fallen. Wesentlich neu bei diesem Tatbestand ist dagegen, dass nicht mehr verlangt wird, dass das Objekt im Besitz oder Gewahrsam des Handelnden sei, sondern es genügt, wenn es ihm «anvertraut» ist. Durch diesen Begriff wird zur Erfüllung des Tatbestandes ausser dem Moment der Fremdheit der Sache noch ein Vertrauensmissbrauch gefordert. Daher setzt sich dieser Tatbestand aus Elementen der Unterschlagung und des abus de confiance zusammen.

2. Inbesondere der Begriff «anvertraut».

Der Begriff «anvertraut» weist immer auf ein besonderes Verhältnis hin. Dieses lässt sich rechtlich jedoch nicht genau abgrenzen.

[2] Stooss, Motive, S. 164.

[3] Uebereinstimmend Zingg, S. 137.

[4] Vgl. daher die auf S. 15 ff., anhand des alten Rechtes gemachten Ausführungen.

Rein sprachlich interpretiert will dieser Begriff ein Verhältnis bezeichnen, auf Grund dessen eine tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache zu Stande gekommen ist, die aber nur im Interesse des eigentlich Berechtigten gebraucht werden darf [5]. Rechtlich ausgedrückt enthält dieser Begriff nach Hafter [6] immer «einen Hinweis auf eine vertragliche oder gesetzliche Bindung».

Diese Bindung kann bei den verschiedensten Arten von Rechtsgeschäften vorliegen [7], so auch beim Kommissionsvertrag, denn darin, dass der Kommittent dem Kommissionär die Verfügungsgewalt über das Kommissionsgut oder über eine Summe Geldes einräumt und ihn mit diesen Mitteln Geschäfte auf eigenen Namen, aber auf seine, des Auftraggebers Rechnung abschliessen lässt, ist ein spezielles Vertrauensverhältnis begründet, das der Kommittent nur gerade ihm zukommen lassen will.

Durch den Begriff des Anvertrauens erhält der Tatbestand des Art. 140, Ziff. 1, Abs. 1, gegenüber dem alten Unterschlagungstatbestand einerseits eine Ausdehnung, andererseits eine Einschränkung. Eingeschränkt wird dieser Tatbestand dadurch, dass nicht mehr jede Aneignung einer fremden Sache, die der Handelnde in Besitz oder Gewahrsam hat, bestraft werden kann, denn nicht immer bedingen Besitz oder Gewahrsam ein Vertrauensverhältnis. Eine solche Aneignung nicht anvertrauter Sachen fällt unter den Tatbestand des Art. 141, was jedoch für den besondern Fall des Kommissionärs bedeutungslos ist, da es sich beim Kommissionsvertrag immer um ein Vertrauensverhältnis handelt.

Von Bedeutung für die Bestrafung des Kommissionärs ist jedoch die Ausdehnung, die dieser Tatbestand gegenüber dem früheren Unterschlagungsbegriff erhält. Es ist der Fall möglich, wo dem Handelnden die Sache nur anvertraut ist, ohne dass dabei dieses Anvertrautsein notwendigerweise Besitz oder Gewahrsam über die Sache erfordert. Ein Kommissionär kann daher auch bestraft werden, wenn er eine rechtswidrige Verfügung über das Kommissionsgut oder eine Geldsumme trifft, bevor er überhaupt an diesen beiden Objekten aus dem Kommissionsverhältnis Besitz oder Gewahr-

[5] Vgl. Frank, S. 541, Olshausen, S. 1013.

[6] Hafter, Lb. 2, S. 240.

[7] Vgl. Hafter, Lb. 2, S.240, Gleispach, S. 97.

sam erlangt hat. Erforderlich ist nur, dass er über die Sache auf Grund eines Vertrauensverhältnisses, des Kommissionsvertrages, eine tatsächliche Verfügungsgewalt hat. So kann sich z. B. das zu verkaufende Kommissionsgut noch beim Kommittenten befinden und dabei der Kommissionär das Recht haben, dieses abzuholen, also darüber zu verfügen. Wenn der Handelnde diese Verfügungsgewalt nicht oder noch nicht hätte, dann würde die Handlung in einem «Wegnehmen» bestehen und er müsste sich daher nach den Diebstahlsbestimmungen verantworten.

Die Sache muss auf Grund eines zwischen Kommittenten und Kommissionärs bestehenden besondern Verhältnisses diesem anvertraut sein. Da aber in Praxi die Verfügungsgewalt über das Objekt einer Veruntreuung dem Kommissionär vielfach von einem Dritten eingeräumt wird, also am Verkaufserlös oder am Kommissionsgut bei der Einkaufskommission, stellt sich die Frage, ob zur Erfüllung des Erfordernisses der anvertrauten Sache, die Sache nur direkt vom Kommittenten dem Kommissionär anvertraut werden könne, oder ob zur Erfüllung des Tatbestandes auch ein Anvertrauen durch einen Dritten genüge. Es handelt sich bei diesem Tatbestand um ein «mittelbares Anvertrauen» [8]. Mittelbar ist dieses Anvertrauen insofern, als einerseits die Erlangung der Verfügungsgewalt nicht direkt vom Kommittenten geschieht und andererseits diese Erlangung von einem Dritten nur auf Grund der treuhändlerischen Beziehungen zwischen Kommittent und Kommissionär von diesem erreicht wird. Durch letzteres Moment glaubt Gleispach, dass das Erfordernis der anvertrauten Sache trotzdem erfüllt sei, denn «der Berechtigte übergibt oder überlässt nicht selbst unmittelbar die Verfügungsmacht über die Sache dem Treuhändler, aber er setzt diesen in den Stand, sich die Sache übertragen zu lassen und er tut dies in dem Vertrauen darauf, dass seinem Willen gemäss mit der Sache verfahren werde» [9].

Wir können uns dieser Ansicht Gleispachs anschliessen, denn wie schon aus den Motiven von Stooss und den Verhandlungen in den verschiedenen Expertenkommissionen hervorgeht, will der

---

[8] Diese Konstruktion wurde erstmals von Gleispach aufgestellt. Vgl. Gleispach, S. 94 ff.

[9] Gleispach, S. 96.

Gesetzgeber durch den Art. 140 auch die Fälle erfassen, in denen die Verfügungsgewalt von einem Dritten erlangt wird. Wohl würden sich beim Tatbestand des Art. 140, Ziff. 1, Abs. 1, keine Schwierigkeiten ergeben, wenn der Begriff des «mittelbaren Anvertrauens» nicht anerkannt würde, denn bei diesem Tatbestand ist das Veruntreuungsobjekt für den Kommissionär eine fremde Sache und es muss daher Eigentum des Kommittenten vorliegen. Wenn der Kommittent aber Eigentümer ist, dann lässt sich daraus ohne weiteres ableiten, dass die Sache nur eine direkt anvertraute sein könne. Hingegen würden sich beim Tatbestand des Art. 140, Ziff. 1, Abs. 2, erhebliche Konsequenzen bei einer Nichtanerkennung des «mittelbaren» Anvertrauens ergeben, denn diese Gesetzesbestimmung verlangt nicht mehr das Requisit der fremden Sache. Es könnte deshalb eine widerrechtliche Aneignungshandlung am Verkaufserlös bei der Verkaufskommission oder des Kommissionsgutes bei der Einkaufskommission nicht bestraft werden. Dies sind aber gerade jene Fälle, für welche speziell dieser Tatbestand aufgestellt wurde [10]. Damit daher der Veruntreuungstatbestand nicht auf der gleichen Stufe stehen bleibe wie die Unterschlagung, muss diese Theorie des mittelbaren Anvertrauens anerkannt werden [11].

3. Die Handlung.

Die Handlung besteht in einem «Aneignen», was inhaltlich gleichbedeutend dem «Zueignen» des alten Rechtes ist. Aber auch in ihrer Aeusserungsform ist die Handlung gleich geblieben, weil auch das Objekt der Handlung das nämliche geblieben ist, denn für eine Zueignung ist es faktisch gleichbedeutend, ob das Objekt der Handlung dem Kommissionär anvertraut sei oder ob er daran Besitz oder Gewahrsam habe. Wohl kann im besondern Falle des Kommissionärs dieses Handlungsobjekt, wie oben angeführt wurde [12], eine Ausdehnung erfahren, doch hat dies für die Beurteilung der Handlung keinen Einfluss, da diese auch hier in einem

[10] Vgl. oben S. 68.
[11] Uebereinstimmend Zingg, S. 141.
[12] Vgl. oben S. 69.

Ueberschreiten der Verfügungsmacht über die Sache besteht und wirtschaftlich — nach welchem Momente sich ja die Handlung bestimmt — für die Beteiligten die gleichen Folgen zeitigt, wie wenn der Kommissionär das Objekt der Handlung im Besitz oder Gewahrsam gehabt hätte. Es kann daher für die Handlung und die sich aus ihr ergebenden Fragen auf die anhand des alten Rechtes gemachten Ausführungen verwiesen werden [13].

Zur Bestimmung des Vollendungszeitpunktes[14] sei darauf hingewiesen, dass nach dem neuen Recht noch mehr an der wirtschaftlichen Auffassung festgehalten werden muss als nach dem kantonalen Recht. Dies erfordert das neu in den Tatbestand aufgenommene Merkmal der Bereicherungsabsicht, denn bei einer widerrechtlichen eigentümeranalogen Herrschaft über die Sache, wie es die formalistische Theorie für die Vollendung verlangt, muss nicht notwendigerweise eine Bereicherungsabsicht vorliegen. Eine solche muss jedoch immer dann vorliegen, wenn durch die Handlung einerseits ein wirtschaftlicher Nutzen, andererseits ein wirtschaftlicher Schaden herbeigeführt wird.

4. Das Moment der Rechtswidrigkeit.

Obschon dieses Merkmal nicht mehr ausdrücklich im Gesetzestext genannt wird, kann die Handlung nur rechtswidrig begangen werden. Es gelten daher die gleichen strafrechtlichen und auch zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe wie im alten Recht [15] und es kann deshalb auf die dort angebrachten Ausführungen verwiesen werden [16].

---

[13] Vgl. oben S. 50 ff.

[14] Vgl. oben S. 52.

[15] Daran ändert auch die neuartige Vorschrift des Art. 32 nichts, denn materiell bedeutet dieser Artikel «keine wesentliche Neuerung, sondern soll den Richter vielmehr anleiten, ausser dem allgemeinen und besondern Teil des Strafrechts auch alle andern etwa eingreifenden Rechtsnormen gebührend zu berücksichtigen . . .» (Thormann-v. Overbeck, N. 2 zu Art. 32.)

[16] Vgl. oben S. 50 ff.

5. Der Vorsatz.

a) Im Allgemeinen

Der Vorsatz erstreckt sich wie im alten Recht auf die bewusste rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache [17]. Wie beim Besitz und Gewahrsam ist es beim Moment des Anvertrautseins ein offenes Problem, ob dieses vom Vorsatz mitumfasst werden müsse oder eine blosse Strafbarkeitsbedingung sei [18]. Neu gehört dagegen zum Vorsatz die Absicht, sich oder einen andern zu bereichern.

Dieses Erfordernis der Bereicherungsabsicht hat für die Bestrafung des unredlichen Kommissionärs die weitgehendsten Folgen. Insbesondere ist dieses Moment von Bedeutung, wenn der Kommissionär die Aneignung mit der Absicht, zu ersetzen vorgenommen hat, denn diese Ersatzabsicht schliesst, wenn sie eine ernstliche ist und auf den vollen Umfang der angeeigneten Sache sich erstreckt, jede Bereicherungsabsicht aus. Da diese Ersatzabsicht stark von subjektiven Merkmalen abhängig ist, und der raffinierte Kommissionär nichts unversucht lassen wird, diese Absicht nachzuweisen, um sich einer Bestrafung zu entziehen, muss der Richter daher bei der Prüfung der Frage, ob eine solche Absicht vorliege, mit äusserster Zurückhaltung und Vorsicht vorgehen und eine solche Absicht nur in ganz bestimmten Tatbeständen annehmen. Es muss deshalb vorerst genau bestimmt werden, was im konkreten Fall als Ersatz gelten kann.

b) Insbesondere die Ersatzabsicht bei der Aneignung einer Speziessache

Bei der Aneignung einer Speziessache kann keine eigentliche Ersatzabsicht angenommen werden, denn eine Speziessache kann nur durch eine Rückgabe «in spezie», also durch sich selbst «ersetzt» werden, weshalb es sich um keinen «Ersatz» im eigentlichen Sinne des Wortes handelt, sondern um eine Rückerstattung, denn ein Ersatz muss immer durch eine andere Sache erfolgen.

---

[17] Vgl. daher für dieses Merkmal die auf Seite 54 ff anhand des alten Rechtes gemachten Ausführungen.

[18] Vgl. insbes. Anm. 109, S. 54.

Wie verhält es sich dagegen, wenn der Kommissionär die sich angeeignete Speziessache durch eine andere Sache ersetzen will? Zweifellos ist dieser «Ersatz» nicht im Interesse des Kommittenten und daher unstatthaft. Doch streitig ist die Frage, ob der Kommissionär, der eine Aneignung einer Speziessache mit einer solchen Ersatzabsicht, die auf seinen Willen schliessen lässt, sich nicht zu bereichern, vornimmt, bestraft werden könne oder mit andern Worten: Ob das Verbot der «Ersetzung» einer Speziessache durch eine andere Sache vom Strafrecht sanktioniert werden könne. Bei einer solchen Aneignung liegt zwar keine eigentliche Bereicherungsabsicht vor, die sich nach objektiven Merkmalen bestimmen liesse, doch müssen Mittel und Wege gefunden werden, trotzdem eine solche rechtlich zu konstruieren, ohne aber dabei die Grenzen der erlaubten Auslegung zu überschreiten, denn eine durch das Fehlen der Bereicherungsabsicht bedingte Straflosigkeit dieser Handlung würde zu unbilligen, jeglichem Rechtsempfinden widersprechenden Urteilen führen. Danach wäre es dem Kommissionär z. B. möglich, das Kommissionsgut umzutauschen oder durch Geld zu ersetzen, ohne dass er durch den Veruntreuungstatbestand bestraft werden könnte. Sicher wäre dies nicht im Interesse des Kommittenten und es würde dadurch dem Kommissionär Gelegenheit zu unredlichen Spekulationen jeglicher Art geboten. Eine Bestrafung könnte auch nicht in dem praktisch wohl seltenen, theoretisch jedoch denkbaren Fall eintreten, bei dem das Veruntreuungsobjekt wertlos ist.

Es könnte zwar in diesen und ähnlichen Tatbeständen, wenn sich das Requisit der Bereicherungsabsicht nicht ermitteln liesse, eine Bestrafung des Kommissionärs durch den Tatbestand der Sachentziehung erfolgen [19]. Eine solche Lösung ist jedoch abzulehnen, da bei einer genauen Untersuchung des Tatbestandes immer eine gewisse Bereicherungsabsicht des Kommissionärs nachgewiesen werden kann. Auch wäre es gegen die Prinzipien des Strafrechts, in analogen Fällen auf zwei Tatbestände mit ungleichen Strafdrohungen erkennen zu müssen [20].

[19] Vgl. StGB. Art. 143.

[20] Bei der Veruntreuung besteht die Strafandrohung in Gefängnis bis zu fünf Jahren. Bei der Sachentziehung dagegen nur in Gefängnis oder Busse auf Antrag.

Es kann nicht bestritten werden, dass der Kommissionär, der sich eine Sache mit der Absicht, diese durch eine andere Sache zu ersetzen, aneignet, ein Interesse an diesem «Tausch» haben muss, denn als solcher stellt sich dieser Ersatz wirtschaftlich dar. Dieses Interesse ist aber aus dem Willen heraus, einen Vermögensvorteil zu erlangen, sich zu bereichern, entstanden [21]. Wenn auch diese Absicht, einen Vermögensvorteil zu erlangen, objektiv nicht immer erkannt werden kann, so muss doch subjektiv der Kommissionär immer ein Interesse an seiner Handlung haben, denn sonst würde er sich nicht zu dieser Anstrengung — denn jedes Handeln kann als Anstrengung bezeichnet werden — bestimmen lassen. Ein Interesse besteht daher immer und es ist nicht ersichtlich, dass dieses in etwas anderem als der Erlangung eines Vermögensvorteils bestehen kann. Dabei ist nicht einmal notwendig, dass dieser Vermögensvorteil sich positiv äussere, denn schon die Abwendung eines Nachteils kann für den Kommissionär die gleichen Folgen zeitigen wie die Erlangung eines Vorteils. So kann z. B. der Kommissionär, um einer drohenden Betreibung zu entgehen, sich das Kommissionsgut mit der Absicht, dieses später zu ersetzen, aneignen und verwerten. Wenn dieser Ersatz dem Kommissionsgut auch ebenbürtig sein wird und daher nach wirklich geleistetem Ersatz keine Bereicherung mehr vorliegt, so hat sich der Kommissionär dennoch im Moménte der Verwertung besser gestellt, resp. einen Vermögensvorteil erlangt. Diesem Vermögensinteresse muss auf der Seite des Kommittenten eine wirtschaftliche Schädigung entsprechen, denn zur Vollendung bedarf es dieser beider Momente [22]. Demnach ist die Handlung vollendet, wenn die vertragsgemässe Leistung, die Leistung der Speziessache, durch den Kommissionär unmöglich geworden ist. Daher kann eine wirklich erbrachte Ersatzleistung wie im alten Recht [23] für die Beurteilung der Schuldfrage nicht berücksichtigt werden. Wie dort kann der Ersatz höchstens als tätige Reue bei der Strafzumessung in Betracht gezogen werden. Bei dieser darf jedoch nicht immer nur auf den geleisteten Ersatz abgestellt werden, denn sehr oft ist es

[21] Binding erhält eine ähnliche Lösung dieser Frage, vgl. Lb. S. 243.

[22] Vgl. S. 72.

[23] Vgl. S. 54/55.

möglich, dass der Kommissionär den Willen zu ersetzen wirklich gehabt hat, die Ersatzleistung aber aus für ihn unvoraussehbaren Gründen unterblieben ist.

Es braucht nicht länger ausgeführt zu werden, dass eine Bestrafung immer dann ausgeschlossen ist, wenn der Kommittent seine Einwilligung gegeben hat und sich mit der voraussichtlichen Ersatzleistung als einverstanden erklärt hat oder was praktisch wichtiger ist, wo der Kommissionär dieses Einverständnis annehmen durfte, weil er seine Handlung im Interesse des Kommissionsgeschäftes vornehmen musste [24]. Es ist hier jeder Fall verschieden und ganz nach den speziellen Verhältnissen zwischen den Kontrahenten zu entscheiden.

Anders ist dagegen ein Tatbestand zu beurteilen, bei welchem der Kommissionär nicht eine Ersatzabsicht, sondern eine Rückerstattungsabsicht hat. Abgesehen vom Fall der Verpfändung wird eine solche Absicht sehr selten anzunehmen sein, da die Aneignungshandlung im speziellen Fall des Kommissionärs sich meistens in einer Veräusserung offenbart. Bei dieser ist eine Rückerstattungsabsicht begrifflich ausgeschlossen. Sollte der Kommissionär auch eine solche Absicht haben, so darf sie vom Richter dennoch nicht berücksichtigt werden, denn die Möglichkeit, die veräusserte Sache zurückzuerwerben, ist immer unbestimmt und nie allein vom Wille des Kommissionärs abhängig. Diese Absicht wird daher in der Praxis nur bei einer durch den Kommissionär vorgenommenen Verpfändung zu berücksichtigen sein. Aber auch hier kann keine generelle Lösung getroffen werden, da die Momente, die eine Rückerstattung bedingen, in jedem speziellen Fall verschieden gestaltet sein können. Da eine Verpfändung immer auf den bestimmten Willen des Kommissionärs schliessen lässt, sich der Sache nicht zu entäussern, kann sie nicht einer Veräusserung gleichgesetzt werden. Der Kommissionär wird vielmehr immer den Willen haben, die Sache wenn möglich wieder einzulösen. Dieser subjektive Wiedereinlösungswille genügt jedoch nicht, um eine Rückerstattungsabsicht anzunehmen, denn es muss zugleich auch objektiv die Möglichkeit gegeben sein, diese Wiedereinlösung vorzunehmen. Es

[24] Z. B. Verkauf bei Verderbensgefahr.

muss daher im Zeitpunkte der Verpfändung der Kommissionär von dieser objektiven Wiedereinlösungsmöglichkeit überzeugt sein und den festen Willen haben, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen [25]. Treffen diese Voraussetzungen zu, dann kann der Kommissionär im Gegensatz zum alten Recht wegen fehlender Bereicherungsabsicht durch den Veruntreuungstatbestand nicht bestraft werden. Es ist dies ein dem ebenfalls straflosen furtum usus verwandter Tatbestand.

Der Kommissionär jedoch, der sich im Momente der Verpfändung in einer bedrohlichen finanziellen Lage befindet, was in der Praxis auch meistens zutrifft, kann eine solche Absicht nicht haben, da er sich der Unwahrscheinlichkeit, die Pfandsache einzulösen, bewusst ist. Diese Absicht wird daher nur dann angenommen werden können, wenn ein noch nicht überschuldeter Kommissionär eine Verpfändung vorgenommen hat, um sich so z. B. das für ihn momentan «flüssige Kapital» zu verschaffen. Um diese Absicht zu bestimmen, muss immer, gleichgültig, ob eine Wiedereinlösung stattfindet oder nicht, die Vermögenslage im Zeitpunkt der Verpfändungshandlung untersucht werden, denn nur so können bestimmte Schlüsse auf die Willensrichtung des Kommissionärs gezogen werden. Dagegen ist die Wiedereinlösung selbst für die Ermittlung dieser Absicht ein schlechtes Indiz, da die Möglichkeit einer Wiedereinlösung oft durch eine rein zufällige, nicht voraussehbare und vom Willen des Kommissionärs unabhängige Aenderung der Vermögenslage bedingt, resp. verhindert wird. Vielfach wird bei diesem Tatbestand, wenn sich der Kommissionär bei der Verpfändung über seine finanzielle Lage nicht genau Rechenschaft gibt, Eventualvorsatz anzunehmen sein [26].

c) Insbesondere die Ersatzabsicht bei der Aneignung einer Genussache

Im Gegensatz zur Speziessache ist bei einer Genussache ein eigentlicher Ersatz immer möglich. Dieser besteht in einer Hingabe: tantundem eiusdem generis. Zunächst ist jedoch die Frage

[25] Nach v. Liszt (Lb. S. 432) muss mit der Absicht zugleich die gegründete Aussicht rechtzeitiger Wiedereinlösung bestehen.

[26] Vgl. die über die Verpfändung im allgemeinen übereinstimmenden Ausführungen bei Elser, S. 85 und Nägeli, S. 116.

abzuklären, ob eine vertretbare Sache überhaupt ein Veruntreuungsobjekt im Sinne von Art. 140, Ziff. 1, Abs. 1, sein könne und ob sie nicht Eigentum des Handelnden werde und daher das Requisit der fremden Sache fehle. Eine vertretbare Sache geht entweder ipso iure durch Vermengung ins Eigentum des Kommissionärs über und kann daher nicht Objekt dieses Tatbestandes sein[27] oder sie bleibt für diesen eine fremde Sache, wenn vertraglich bestimmt wird, dass sie vom Vermögen des Kommissionärs getrennt zu halten sei und nicht vermengt werden dürfe.

Durch diese Individualisierung geht das Moment der Vertretbarkeit verloren. Die Sache ist zwar nur subjektiv, also für die Kontrahenten eine Speziessache, objektiv dagegen bleibt sie eine Genussache. Nicht an der Individualisierung als solcher hat der Kommittent ein Interesse, sondern nur an der erhöhten Sicherheit seines Anspruches, die diese zur Folge hat, da dem Kommissionär dadurch eine erlaubte Eigentumserlangung durch Vermengung verboten wird. Handelt er trotzdem gegen dieses Verbot, so begeht er eine Verletzung des Kommissionsvertrages. Diese Aneignung durch Vermengung kann aber im Gegensatz zum alten Recht nicht generell bestraft werden, denn sie muss nicht immer notwendigerweise mit einer Bereicherungsabsicht vorgenommen werden. So kann z. B. der Kommissionär das Kommissionsgut mit seinem Eigentum nur deshalb vermengen, weil ihm eine separate Aufbewahrung zuviel Mühe bereiten würde. Fehlende Bereicherungsabsicht ist immer dann anzunehmen, wenn der Kommissionär trotz der Aneignung durch Vermengung jederzeit in der Lage ist, seine Leistung vertragsgemäss zu erbringen und auch den entsprechenden Willen dazu hat. Diese Leistung besteht zwar nicht in der durch den Vertrag bestimmten vertretbaren Sache, doch wird es dem Kommittenten gleichgültig sein, wenn der Kommissionär nicht in spezie leistet, sondern wenn er nur eine Sache gleicher Art und von gleichem Wert erbringt. Die Individualisierung hat nur den Zweck, die Leistung als solche zu sichern, nicht aber die Erbringung einer bestimmten Sache. Erlangt der Kommittent die vertraglich zuge-

[27] Wohl liesse sich zur Bestrafung dieses Tatbestands durch Abs. 1 wie im alten Recht (vgl. S. 54/55 eine Konstruktion aufstellen, doch geht hier der speziellere Tatbestand des Abs. 2 vor.

sicherte Leistung, wenn auch nicht in spezie, so ist für ihn trotzdem kein Schaden eingetreten. Meistens wird er es nicht einmal merken, wenn der Kommissionär nicht in spezie geliefert hat.

Strafbar ist daher diese durch unerlaubte Vermengung begangene Aneignung erst dann, wenn sie mit einer Bereicherungsabsicht vorgenommen wurde. Diese ist dann gegeben, wenn entweder der Kommissionär im Zeitpunkte der Aneignung den Willen hat, seine Leistung überhaupt nicht zu erbringen oder, wenn er zwar diesen dolosen Willen nicht direkt hat, aber durch die Vermengung diese Leistung objektiv verunmöglicht wird und dies für ihn ersichtlich ist.

In der Praxis wird es jedoch auf zu grosse Schwierigkeiten stossen, zu untersuchen, ob schon mit der Vermengung eine Bereicherungsabsicht vorgelegen habe und ob die Handlung daher schon in diesem Momente vollendet gewesen sei, oder ob die Bereicherungsabsicht, resp. die Absicht nicht zu leisten, erst später gefasst worden sei. Auch müsste in ersterem Fall zunächst immer abgeklärt werden, ob die Vermengung als solche schon rechtswidrig sei. Auch diese Frage lässt sich für den Richter nicht leicht abklären, da das Zivilrecht, nach welchem sich bestimmt, ob eine Vermengung rechtswidrig sei, bei der Lösung dieser Frage ganz auf den subjektiven Parteiwillen abstellt. Erst in zweiter Linie, nach Lösung dieser Frage, müsste der Richter darüber entscheiden, ob schon bei der Vermengung eine Bereicherungsabsicht vorgelegen habe. Wird dieses Tatbestandsmerkmal im Momente der Vermengung verneint, tritt diese Absicht aber später ein, dann kann keine Veruntreuung im Sinne von Ziff. 1, Abs. 1, mehr vorliegen, denn das Objekt ist durch die Vermengung zu einer eigenen Sache geworden. Es handelt sich dann um einen Tatbestand nach Ziff. 1, Abs. 2, der die Veruntreuung vertretbarer Sachen schlechthin bestraft und die Eigentumsverhältnisse nicht berücksichtigt.

Aus praktischen Erwägungen soll daher der Richter in einem solchen Falle den Tatbestand des Art. 140, Ziff. 1, Abs. 2, anwenden, denn beim Tatbestand des Abs. 2 muss weder eine Untersuchung über die Erlaubtheit der Vermengung — da das Deliktsobjekt sich nicht mehr nach den Eigentumsverhältnissen bestimmt —, noch eine Abklärung der Frage, ob eine Bereicherungsabsicht

schon mit der Vermengung vorgelegen habe, vorgenommen werden. Es stellt sich aber dabei die Frage, ob diese Art von Gesetzesanwendung erlaubt sei, denn vielfach erfüllt die strafbare Handlung des Kommissionärs beide Tatbestände des Art. 140, Ziff. 1. Dadurch entsteht aber nicht etwa eine echte oder unechte Gesetzeskonkurrenz, denn der Gesetzgeber will diese beiden Tatbestände dem Richter wahlweise zur Verfügung stellen, da beide unter der gleichen Ziffer genannt sind und auch unter die gleiche Strafdrohung fallen. Praktisch ergibt sich daher ein gleiches Resultat, ob eine Subsumierung unter Abs. 1 oder Abs. 2 stattfindet, und es ist daher für den Richter naheliegend, den leichter zu ermittelnden Tatbestand den schwerer zu ermittelnden Merkmalen des Abs. 1 vorzuziehen. — Nur bei der Ermittlung des Vollendungszeitpunktes ergibt sich nach diesen beiden Tatbeständen eine verschiedenartige Lösung, denn nach Abs. 1 ist die Handlung schon mit der Vermengung vollendet, nach Abs. 2 dagegen aber erst später [28]. Dies dürfte aber praktisch kaum irgendwelche Folgen zeitigen, denn dass eine vollendete Handlung vorliege, wird sich nach beiden Tatbeständen ermitteln lassen, nicht dagegen aber der gleiche Zeitpunkt der Vollendung [29].

C. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2

1. Im allgemeinen.

Obschon der Gesetzgeber beide Tatbestände der Ziff. 1 des Art. 140 wahlweise nebeneinander stellt, kommt dem Tatbestand des Abs. 2 nur subsidiäre Bedeutung zu. In erster Linie ist Art. 140 ein Eigentumsdelikt, weshalb zunächst immer versucht werden soll, den Kommissionär durch den Tatbestand des Abs. 1 zu strafen [30]. Gelingt dies nicht und erscheint eine Bestrafung gleichwohl

---

[28] Vgl. unten S. 87.

[29] Z. B. Hinzutreten eines Rechtfertigungsgrundes oder Strafausschliessungsgrundes. Bei Vorliegen eines solchen Momentes ist dagegen immer zu ermitteln, ob die Handlung nicht schon mit der Vermengung vollendet sei; ob also der Tatbestand des Abs. 1 vorliege.

[30] Ausnahme vgl. oben S. 79.

aus einem «kriminal-forensischen Bedürfnis» [31] als notwendig, so muss der subsidiäre Tatbestand des Abs. 2 angewendet werden. Dieses Bedürfnis erhebt sich überall dort, wo die Handlung sowohl objektiv als auch subjektiv ebenso strafwürdig ist wie die von Abs. 1 bedrohten Tatbestände, nur aber von diesem nicht bestraft werden kann, weil das Requisit der fremden Sache fehlt. Wirtschaftlich handelt es sich aber um die gleiche Situation, ob das Merkmal der fremden Sache erfüllt sei oder nicht, denn das Objekt der Handlung bleibt für den Kommissionär eine wirtschaftlich fremde Sache, gleichgültig, ob die Sache rechtlich eine eigene werde oder nicht, denn er ist immer zu ihrer Herausgabe an den Kommittenten verpflichtet. Abs. 1 ist aber wie das frühere Strafrecht nicht in der Lage, dieses wirtschaftliche Verhältnis zu schützen, da er nur die Veruntreuung einer rechtlich fremden Sache ahndet. Daraus aber, dass das Zivilrecht beim Kommissionsgeschäft und einigen andern Rechtsverhältnissen aus für das Strafrecht ganz bedeutungslosen Gründen bestimmt, ob eine Sache fremd sei oder nicht, würde sich bei der blossen Anwendung des Abs. 1 wie im alten Recht eine Strafrechtslücke ergeben. Daher hat der Gesetzgeber den subsidiären Tatbestand des Abs. 2 aufgestellt.

2. Das Objekt der Handlung.

Um diese Strafrechtslücke zu schliessen, hat der Tatbestand des Abs. 2 das Merkmal der fremden Sache fallen gelassen und das Objekt als «anvertrautes Gut» bezeichnet. Während der Begriff «anvertraut» bestimmt ist und sich mit demjenigen des Abs. 1 deckt [32], ist dagegen der Inhalt des Ausdrucks «Gut» bestritten. «Gut» ist weder ein rein rechtlicher noch rein wirtschaftlicher Ausdruck, sondern ein Begriff des täglichen Lebens. Es muss daher zur rechtlichen Bestimmung dieses Begriffes der Inhalt berücksichtigt werden, den ihm dieser tägliche Sprachgebrauch zukommen lässt. Nach diesem Sprachgebrauch interpretiert bezeichnet «Gut» alles, was überhaupt einen Vermögenswert darstellen kann. Soll diese durch den Verkehr geformte Umschreibung rechtlich ausgedrückt werden, so ergeben sich erhebliche Unterschiede gegen-

[31] Thormann in Festschrift für Eugen Huber, S. 199.

[32] Vgl. oben S. 68 ff.

über dem Sachbegriff, denn «Gut» erfasst nicht nur wie dieser die Sache als solche, sondern auch ihren Vermögenswert, d. h. den Geldbetrag, der an ihre Stelle treten kann [33].

Weil es sich beim Begriff des Gutes nicht mehr um eine bestimmte körperliche Sache handelt, wird dieser Begriff unermesslich weit. Ein solcher weiter Rahmen des Veruntreuungstatbestandes wäre aber einer einheitlichen Rechtssprechung nicht dienlich und es bedarf deshalb dieser Begriff einer Eingrenzung. Eine solche erhält er zunächst durch den Zusatz «anvertraut». Dieses «anvertraut» will das nähere Verhältnis, in dem der Handelnde zum Objekt steht, bezeichnen. Danach muss das anvertraute Gut auf Grund eines speziellen Vertrauensverhältnisses in der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Handelnden, die dieser aber nicht in seinem Interesse gebrauchen darf, stehen. Eine solche Verfügungsgewalt kann aber nur über eine körperliche Sache ausgeübt werden. Daher ist «Gut» inhaltlich vorerst dem Sachbegriff gleichzustellen. Es drängt sich deshalb die Frage auf, warum dieser Ausdruck dem Sachbegriff vorgezogen worden sei. Der Gesetzgeber griff wohl nicht nur deshalb zu dieser Lösung, weil der Begriff «Gut» volkstümlicher und für den Laien verständlich ist, sondern hauptsächlich daher, weil «Gut» in Verbindung mit «anvertraut» besser auf das wirtschaftliche Verhältnis hinweist, in welchem sich der Handelnde zum Objekt befinden muss. Nicht wie beim Tatbestand des Abs. 1 wird das Objekt der Handlung durch die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse bestimmt, sondern an die Stelle des Eigentümers tritt der wirtschaftlich Berechtigte. Dieser besondere Schutz aber lässt sich nicht durch eine abstrakte, starre Formel, wie sie der Eigentumsbegriff darstellt, verwirklichen, sondern es muss der Tatbestand in jedem einzelnen Fall die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten ermöglichen. Dies ist denn auch durch die Aufstellung des Merkmals des «anvertrauten Gutes» geschehen, denn das Vertrauensverhältnis, das damit als Voraussetzung des Tatbestandes aufgestellt wird, lässt überhaupt keine Aneignungshandlung zum Nachteil des Berechtigten zu, ganz gleichgültig, in was für einem zivilrechtlichen Verhältnis dieser zur Sache

[33] Vgl. Thormann in Festschrift für Eugen Huber, S. 199.

steht. Diese Ungebundenheit von zivilrechtlichen Schranken, die dem Richter gestattet, den wirklich Berechtigten zu schützen, würde aber beeinträchtigt durch die Aufnahme des Begriffs «Sache» an Stelle von «Gut» in diesen Tatbestand, denn es kann nicht bestritten werden, dass im Sachbegriff immer ein Hinweis auf das Zivilrecht enthalten ist.

Dieses Veruntreuungsobjekt wird jedoch eingegrenzt. Nicht dadurch, dass es den Zusatz, «namentlich Geld» enthält, denn dieser will nicht das Objekt bestimmen, sondern dem Richter nur einen Hinweis auf den häufigsten Anwendungsfall dieses Tatbestandes geben [34]. Die Veruntreuung des durch Vermengung ins Eigentum des Handelnden übergegangenen Geldes war es auch, die Stooss in erster Linie durch diesen Tatbestand erfassen wollte [35]. Da sich aber das gleiche Problem nach dem alten Recht, wie dargelegt wurde, nicht nur für Geld, sondern auch für alle andern vertretbaren Sachen stellte, ergab sich die Notwendigkeit, das Handlungsobjekt auf alle vertretbaren Sachen zu erweitern. Dieses Objekt wurde dann als «Gut», nicht aber aus den schon dargelegten Gründen als «vertretbare Sache» bezeichnet.

Darüber, ob der Begriff «Gut» eine Sache schlechthin oder nur eine vertretbare Sache bezeichnen wolle, lässt sich streiten [36]. Stooss jedoch nimmt es als eine feststehende Tatsache an, dass unter «Gut» nur eine vertretbare Sache verstanden werden könne und bleibt daher eine nähere Begründung schuldig [37]. In der Praxis aber stellt sich das Bedürfnis, diesen Tatbestand auch auf nicht vertretbare Sachen anzuwenden. Zweifelsohne gibt aber der tägliche Sprachgebrauch diesem Begriff eine viel weitere Umschreibung, als Stooss anerkennen will. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Richter gestützt auf die blosse Auslegung des Gesetzestatbestandes unter dem Begriff «Gut» auch eine nicht vertretbare Sache verstehen dürfe oder ob er sich an den Willen des Gesetzgebers zu halten habe. Es erübrigt sich jedoch, diese Frage zu klären, da der umstrittene Begriff auf andere Weise bestimmt wird, denn der fran-

---

[34] Vgl. Thormann-v. Overbeck N. 12 zu Art. 140, ferner Zingg, S. 142.

[35] Vgl. Vorentwurf 1894, Art. 71, Abs. 1.

[36] Ebenso Hafter, Lb. II, S. 240.

[37] Stooss, Lb., S. 332.

zösische Text des Gesetzes nennt als Veruntreuungsobjekt «une chose fongible», also eine vertretbare Sache. Aus Gründen der Strafrechtseinheit muss daher der engere Begriff des französischen Textes anerkannt werden.

Warum der Tatbestand von Abs. 2 sich nur auf vertretbare Sachen beschränken will, bleibt trotzdem unklar. Es sei zugegeben, dass es sich bei den meisten Fällen, die nach dem subsidiären Tatbestand des Abs. 2 bestraft werden sollen, um eine Veruntreuung von durch Vermengung ins Eigentum des Handelnden übergegangenen vertretbaren Sachen handeln dürfte. Ein Bedürfnis einer Bestrafung stellt sich aber auch in allen Fällen, wo das Eigentum auf andere Art als durch Vermengung erlangt wurde und zwar sowohl bei vertretbaren als auch bei nicht vertretbaren Sachen. Da deshalb der Handelnde bei einer rechtswidrigen Verfügung über eine in sein Eigentum übergegangene nicht vertretbare Sache keine Strafverfolgung durch Art. 140 zu gewärtigen hat, könnte daraus per analogiam geschlossen werden, — denn eine solche ist ja zu gunsten des Angeklagten zulässig —, dass dieser Tatbestand auch nicht auf die Veruntreuung einer ins Eigentum des Handelnden übergegangenen vertretbaren Sache angewandt werden könne, wenn diese Eigentumserlangung nicht durch eine Vermengung geschehen sei. Diese Eingrenzung des Objektes auf die bloss durch eine Vermengung ins Eigentum übergegangenen Sachen ginge jedoch zu weit, denn die subsidiären Bestimmungen des Abs. 2 müssen möglichst alle strafwürdigen Fälle erfassen, die nach Abs. 1 nicht bestraft werden können und wenn sich auch dadurch ein gewisser Widerspruch nicht vermeiden lassen sollte.

Auf Grund obiger Ausführungen kann das «anvertraute Gut» definiert werden, als eine dem Handelnden wirtschaftlich fremde vertretbare Sache, über die dieser auf Grund eines besondern Vertrauensverhältnisses die tatsächliche Verfügungsmacht ausübt.

Gegenüber dem Tatbestand des Abs. 1, dessen Handlung sich in erster Linie gegen fremdes Eigentum richtet, hat der Gesetzgeber durch das Objekt des anvertrauten Gutes dem Tatbestand von Abs. 2 den Charakter einer Veruntreuung, eines abus de confiance, wie sich der französische Text ausdrückt, gegeben. Es ist

ihm aber nicht voll gelungen, dieses Merkmal ganz durchzusetzen, sei es, dass er es überhaupt nicht für nötig befunden hat, auch die Veruntreuung einer nicht vertretbaren Sache durch diese Bestimmung zu erfassen, oder sei es, was eher zutrifft, dass er den Schritt zu einer konsequenten Lossagung von zivilrechtlichen Bindungen nicht gewagt hat, weil er sich zu einem kleinen Zugeständnis an den altrechtlichen Unterschlagungstatbestand gezwungen sah. Durch diesen Kompromiss wird die Schliessung einer Strafrechtslücke verhindert, denn Art. 140, Abs. 2, erfasst wohl den grössten Teil jener rechtswidrigen Handlung, die ihrer Ratio nach eine Veruntreuung sind, aber von den Bestimmungen des Abs. 1 nicht erfasst werden können; nicht erfasst wird aber die rechtswidrige Verfügung über eine ins Eigentum des Handelnden übergegangene unvertretbare Sache[38].

Abs. 2 kommt auch auf die vom Kommissionär begangenen rechtswidrigen Aneignungshandlungen nur subsidiär zur Anwendung; also dann, wenn das Objekt der Handlung keine fremde Sache ist, denn dieser Tatbestand wird unter Abs. 1 subsumiert. Es kann daher Abs. 2 vorerst nur angewendet werden, wenn der Kommissionär am Kommissionsgut Eigentum erworben hat. Durch eine solche Lösung wäre in jedem Falle eine Bestrafung des unredlichen Kommissionärs möglich, doch durch die Beschränkung des Deliktsobjekts auf vertretbare Sachen wird dies leider verunmöglicht. Um daher einer Verfolgung durch den Veruntreuungstatbestand zu entgehen, muss vom Kommissionär immer der Nachweis erbracht werden, dass das Aneignungsobjekt in sein Eigentum übergegangen sei und nicht vertretbar sei. Danach wird die Bestrafung des Einkaufskommissionärs, der eine eingekaufte Speziessache zu Eigentum erwirbt, was die Regel bildet[39], und darüber rechtswidrig verfügt, durch Art. 140 unmöglich. Noch unbilliger ist das Resultat, das sich bei der Verkaufskommission ergeben kann, wenn der Kommittent dem Kommissionär ein unvertretbares Kommissionsgut zu Eigentum übergibt, denn diese Eigentumsüber-

[38] Vgl. die bei Zingg, S. 143 angeführten Beispiele, in denen eine Bestrafung durch diese Lücke verunmöglicht wird.

[39] Vgl. S. 26 ff.

tragung geschieht meist auf Grund eines ganz besondern Vertrauensverhältnisses [40].

Es kann nicht bestritten werden, dass das System des Art. 140, Abs. 2, der in erster Linie einen Vertrauensmissbrauch bestrafen soll, durch die Einschränkung des Deliktsobjekts auf vertretbare Sachen, durchbrochen wird. Es muss daher die Bestrafung eines Kommissionärs, der sich eine Speziessache widerrechtlich angeeignet hat, auch im neuen Recht von der zivilrechtlichen Regelung der Eigentumsverhältnisse abhängig gemacht werden, denn es muss immer bestimmt werden, ob die Speziessache ins Eigentum des Kommissionärs übergegangen sei oder nicht [41]. In der Praxis könnte der einer an einer vertretbaren Sache begangenen Veruntreuung beschuldigte Kommissionär versucht sein, den Beweis zu erbringen, dass der Tatbestand, wenn das Kommissionsgut individualisiert wurde, unter die obigen straflosen Fälle zu subsumieren sei, da dann das Objekt keine vertretbare Sache mehr sei. Diese Argumentation stimmt wohl, doch ist in einer Individualisierung immer eine Eigentumserlangung durch den Kommittenten zu erblicken. Die Sache wird daher für den Kommissionär eine fremde, weshalb ein Tatbestand nach Abs. 1 gegeben ist. Auch eine bei einer Veruntreuung von Geld angestellte ähnliche Ueberlegung ist abzulehnen, denn eine Veruntreuung von Geld fällt immer unter den Tatbestand des Abs. 2, da die Beschränkung der «vertretbaren Sache» sich nur auf das anvertraute Gut bezieht.

3. Handlung, Vorsatz und Rechtswidrigkeit.

Die Handlung kann nicht mehr in einem «Aneignen» bestehen, weil dies begrifflich ausgeschlossen ist, da sich das Deliktsobjekt, das «anvertraute Gut» schon im Eigentum des Handelnden befindet und deshalb nicht mehr zum Gegenstand einer Aneignung gemacht werden kann. Nach dem Gesetzestatbestand besteht diese Hand-

---

[40] Vgl. oben S. 24 ff.

[41] Die Bestimmung dieser Eigentumsverhältnisse geschieht von den gleichen Gesichtspunkten aus wie beim alten Recht und es kann daher auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden, welche hier analog zur Anwendung gebracht werden sollen (vgl. insbes. S. 48).

lung in einer «Verwendung in seinem (des Handelnden) oder eines andern Nutzen». Diese Verwendung lässt sich nicht mehr wie die Handlung des Tatbestandes von Abs. 1 durch die einzelnen Tatbestandsmerkmale genau festlegen, denn das Objekt der Handlung ist nicht mehr wie dort eine objektiv bestimmte Sache. Das Veruntreuungsobjekt ist ins Eigentum des Handelnden übergegangen und bildet einen Teil desselben. Es kann aber nicht sein gesamtes Eigentum als Objekt bezeichnet werden, da er als Eigentümer zu dessen Verwendung berechtigt ist. Es kann auch nicht ein bestimmter Teil dieses Eigentums als anvertrautes Gut gelten, da dieses sich mit dem Eigentum vermengt und daher nicht mehr individualisiert werden kann. Ebenso lässt sich die Handlung dieses Tatbestandes nicht dadurch bestimmen, dass sie zum Nutzen des Handelnden oder eines andern vorgenommen werden muss, denn jede Verwendung, die der Kommissionär vornimmt, ob er dazu berechtigt sei oder nicht, geschieht immer zum Nutzen irgend eines Interessierten.

Nicht die Verwendung an sich, welche sich in praxi als eine Verwendung von dem Handelnden gehörenden Eigentum darstellt und auch nicht die Verwendung in eigenem oder fremdem Nutzen kann als Kriterium zur Festlegung der Strafbarkeit gelten. Diese Handlung wird erst strafbar, wenn die Rechtswidrigkeit hinzutritt. Wohl kann jedes Delikt nur bestraft werden, wenn es rechtswidrig begangen wurde, doch ist die strafbare Handlung durch den Tatbestand in der Regel genau umschrieben und ist strafbar, wenn das Moment der Rechtswidrigkeit nicht fehlt. Normalerweise wird daher der Richter bei der Ermittlung einer strafbaren Handlung zunächst die einzelnen Tatbestandsmerkmale prüfen und erst dann wird er feststellen, ob die Handlung auch rechtswidrig begangen worden sei. Beim Tatbestand des Abs. 2 hingegen ist die Handlung nicht genau bestimmt, denn diese «Verwendung» kann in einer ganzen Kette von verschiedenen Handlungen bestehen, da das unbestimmte «Veruntreuungsobjekt» Objekt irgend einer dieser Handlungen sein kann. Welche von diesen Handlungen strafbar ist, wird aber erst durch das Hinzutreten der Rechtswidrigkeit bestimmt. Auch aus diesem Grunde hat wohl der Gesetzgeber, entgegen seiner Gewohnheit, das Merkmal der Unrecht-

mässigkeit in den Gesetzestatbestand aufgenommen [42]. Der Richter muss daher beim Tatbestand des Abs. 2 dem Moment der Rechtswidrigkeit erhöhte Bedeutung zukommen lassen: Er muss zuerst prüfen, welche «Verwendungshandlung» des Kommissionärs rechtswidrig sei und erst dann wird er sich der Untersuchung der andern Tatbestandsmerkmale zuwenden können.

Wann ist eine solche durch den Kommissionär vorgenommene Verwendung rechtwidrig? Zur Erfüllung der Rechtswidrigkeit muss dem Kommittenten ein Schaden erwachsen sein. Der Kommissionär darf über sein Vermögen beliebig verfügen, wenn der Kommittent dadurch nicht geschädigt wird, resp. die vertragsgemässe Leistung dadurch nicht verunmöglicht wird. Rechtswidrig ist diese Verwendung also erst dann, wenn durch sie dem Kommissionär die Möglichkeit genommen wird, vertragsgemäss gegenüber dem Kommittenten zu handeln; wenn durch die Verwendung die Möglichkeit ausgeschlossen wird, einen Teil seines Vermögens, der wohl rechtlich, nicht aber wirtschaftlich ihm gehört, dem wirtschaftlich Berechtigten, dem Kommittenten auszuhändigen.

Ausser diesem objektiven Momente bedarf es aber zur Erfüllung des Tatbestandes noch eines subjektiven Erfordernisses. Der Kommissionär muss sich dieser durch sein Verhalten verschuldeten objektiven Unmöglichkeit zu leisten bewusst sein; er muss wissen, dass seine Verwendung eine vertragsgemässe Leistung verunmöglicht.

Wann diese rechtswidrige Verwendung eingetreten sei, ist daher eine Tatfrage und es ist nach den besondern Gesichtspunkten jedes Tatbestandes zu prüfen, in welchem Zeitpunkte sowohl das subjektive als auch das objektive Erfordernis erfüllt wurde. Es kann auch möglich sein, dass dieser Tatbestand schon im Zeitpunkte der Eigentumserlangung durch den Kommissionär erfüllt ist. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Kommissionär bewusst ist, dass durch diese seine Eigentumserlangung eine vertragsgemässe Leistung verunmöglicht wird, denn dann ist der Eigentumsübergang wirtschaftlich einer rechtswidrigen Verwendung gleich. — Von letzterem Tatbestand sind jedoch alle jene Fälle zu unterscheiden, in denen der Kommissionär erst nachträglich und ohne sein Verschul-

[42] Vgl. auch oben S. 50.

den oder dass er dies hätte voraussehen können, in die objektive Unmöglichkeit zu leisten versetzt wurde.

II. Teil: Die Bestrafung durch andere Tatbestände

A. Der Betrugstatbestand

Art. 148, Abs. 1:

> Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

Die Merkmale dieses Tatbestandes sind, abgesehen von einigen unbedeutenden Abänderungen, die gleichen geblieben wie beim behandelten Tatbestand des alten solothurnischen Rechtes [43]. Nur muss nach dem neuen Recht die Schädigung immer in einem Vermögenswert bestehen, was aber für den speziellen Fall des Kommissionärs bedeutungslos ist. Die Fälle, in denen sich ein strafrechtliches Bedürfnis ergibt, den Kommissionär durch den Betrugstatbestand zu bestrafen, sind weniger zahlreich als im alten Recht, da der Kommissionär nur bei einer rechtswidrigen Verwendung einer in sein Eigentum übergegangenen Speziessache durch den Veruntreuungstatbestand nicht bestraft werden kann.

Aber auch dem Betrugstatbestand gelingt es nicht ganz, diese L ü c k e zu schliessen, denn wie im alten Recht, muss auch hier die dolose Absicht schon bei Abschluss mit dem Kommittenten gegeben sein und es wird daher eine Konstruktion des Betrugstatbestandes meistens nur dann möglich sein, wenn der Kommissionär das Eigentum an der Speziessache vom Kommittenten, nicht aber wenn er es vom Drittkontrahenten erlangt hat [44].

---

[43] Vgl. daher die Ausführungen auf S. 57 ff.

[44] Vgl. insbes. S. 60 ff.

Auch nach dem neuen Recht kann bei der Bestrafung des Kommissionärs Betrug in Idealkonkurrenz zur Veruntreuung treten [45].

B. Die ungetreue Geschäftsführung

Da die Handlung des Art. 159 nicht in einer Aneignung besteht, fällt eine Darstellung der ungetreuen Geschäftsführung aus dem Rahmen dieser Arbeit, was jedoch eine Bestrafung des unredlichen Kommissionärs durch diesen Artikel nicht ausschliessen soll. Nicht dadurch begeht der Kommissionär eine ungetreue Geschäftsführung, dass er sich das Kommissionsgut oder den Verkaufserlös aneignet, sondern dadurch, dass er seine Macht über das Vermögen des Kommittenten missbraucht und es auf eine andere Art schädigt, z. B. durch zu teuren Einkauf und zu billigen Verkauf oder durch unredliche Abmachungen mit dem Drittkontrahenten [46].

---

[45] Vgl. Thormann-v. Overbeck, N. 9 zu Art. 140.
[46] Vgl. Thormann-v. Overbeck, N. 3 zu Art. 159.